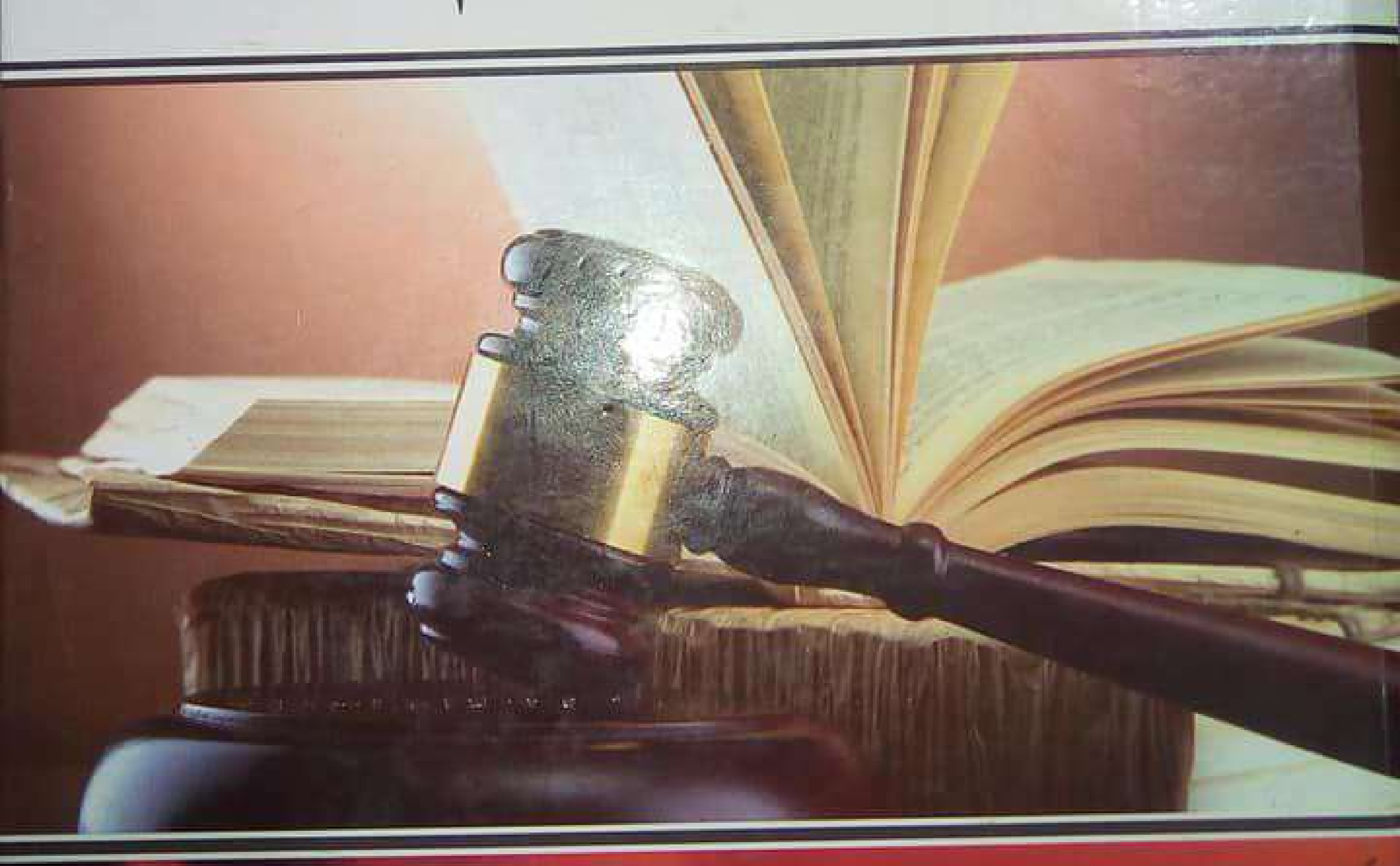
عمر زودة

أستاذ الإجراءات بالمدرسة العليا للقضاء

الإجراءات المدنية و الإدارية

في ضوء أراء الفقهاء و أحكام القضاء



الطبعة الثانية 2015

ENCYCLOPEDIA

الإجـراءات المدنيـة و الإدارية

في ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء

الطبعة الثانية 2015

عمر زودة

أستاذ الإجراءات بالمدرسة العليا للقضاء

مقدمـة

أولا: القضاء ضرورة اجتماعية

لو تصورنا أن شخصا وجد نفسه في جزيرة ، بها كل ما يشبع حاجاته من مأكل وملبس ودواء ومأوى ، أي كل ما يخطر بنفسه ، فإذا حل شخص آخر بهذه الجزيرة ، إلى جانب الشخص الأول ، فإن حلول الثاني إلى جانب الأول لا يثير أية أزمة ، مادامت الأشياء الموجودة تكفي لسد احتياجاتهما.

غير أنه لو حل أشخاص آخرون إلى جانبهما ، وشعر كل واحد منهم أن هذه الأشياء لا تكفي لتغطية حاجياتهم جميعا في المستقبل ، فسيتولد في أنفسهم القلق من المستقبل خوفا من عدم كفاية تلك الأشياء لاشباع حاجياتهم.

هذا القلق من المستقبل هو الذي يدفع بعضهم إلى الاستحواذ على أكبر قدر ممكن من تلك الأشياء لأجل تأمين حاجياته ، فيقوم بالسيطرة على تلك الأشياء دون غيره من الوافدين.

وعندما يقوم كل فرد بالسيطرة على مجموعة من تلك الأشياء ، فتنشأ لديه فكرة التملك ، وهكذا تتولد عند هؤلاء فكرة الحق التي تقوم على مبدأ الإستئثار على تلك الأشياء ، والإختصاص بها.

وإلى جانب الإستئثار والإختصاص بتلك الأشياء فيصبح هذا الشخص في حاجة إلى حماية الأموال التي استولى عليها من كل إعتداء ، ويحتاج أيضا إلى أن يتصرف فيها أو ينتفع بها بأن يكون حرا في كل ذلك دون أن يتعدى عليه أحد ، ففي هذه اللحظة تتولد لدى هؤلاء فكرية الحرية[1].

---

1 - يقوم كل مجتمع متمدن على ثلاثة مبادئ أساسية وهي:

المبدأ الأول: الأصل في الانسان الحرية.

المبدأ الثاني: الأصل في الانسان البراءة.

المبدأ الثالث: الأصل في الأشياء الاباحة.

وأي مساس باحد هذه المبادئ ، سيدخل المجتمع في أزمة عميقة ، لأن احترام وتطبيق تلك المبادئ ، تعكس مدى ما يتمتع به المجتمع من الحرية ، ومدى تحصين الفرد من كل اعتداء عليه ، ومدى الحرية الاقتصادية.

وهذه المبادئ تكمل بعضها البعض ، وأي مساس باحدها يؤثر سلبا على الباقي.

وتبعا لذلك ، فإن الأشياء وقبل أن تصبح في حيازة الشخص ، فهي مجرد أشياء .لا معنى لها ، فإن أصبحت تحت سيطرته في مواجهة الآخرين ، فتتحول هذه الأشياء إلى مفهوم إجتماعي يطلق عليه إسم الحق.

إذن الحق هو مفهوم اجتماعي يتحقق وجوده في داخل المجتمع ، فالشخص الذي يعيش في جزيرة أو في غابة مثل حي بن يقضان لاتوجد لديه فكرة الحق ، فهو يتعامل مع الأشياء كأشياء خارجة عن سياقها الإجتماعي والتاريخي ، وتنعدم أيضا لدى هذا الشخص فكرة الحرية ، لأن هذه الأخيرة لايمكن إدراكها والإحساس بها الا داخل المجتمع.

إذن ، الإجتماع البشري هو الذي يخلق فكرة الحق والحرية ، فالشخص الذي يعيش خارج المجتمع ، فهو لا يدرك معنى الحق أو الحرية ، ولا يحتاج إلى تملك الأشياء ، لأن مفهوم الملكية لا وجود له إلا داخل المجتمع.

وهكذا يتولد أول صراع بين البشر حول من يستولي على أكبر قدر من الأشياء ، لأن الإنسان تدفعه غريزة حب تملك الأشياء ، فهذه الغريزة هي التي تدفع إلى الصراع بين الأشخاص والذي تحسمه القوة المادية عند الإنسان البدائي ، فالشخص الذي يملك القوة المادية هو الذي يستأثر لنفسه على أكبر قدر ممكن من الأشياء لتأمين حاجياته ثم يليه الأقوى... إلخ

ويشتد الصراع بين هؤلاء الذين حلوا بالجزيرة كلما تناقصت هذه الأشياء ، وينفرد دائما في هذا الصراع القوي ، لذلك كانت القوة عند الإنسان الأول هي التي تخلق الحق وتحميه.

غير أنه وبعد أن تطورت الجماعة الإنسانية ، وجدت أن القوة المادية ليست خير وسيلة لإنهاء الصراع بين أفراد هذه الجماعة ، لأنه قد يصبح القوي ضعيفا والضعيف قويا. مما دعاها إلى أن تعيد النظر في نظامها الإجتماعي القائم على القوة والقصاص الخاص.

فأول ما اهتدت إليه اهتدت إلى نظام التحكيم ، وكان الإلتجاء إليه في البداية اختياريا ، حيث يلجأ إليه الفرد لحل النزاع ، وقد لا يقبل بالنتيجة التي انتهى إليها التحكيم فيلجأ مرة أخرى إلى القوة.

ثم بعد ذلك تطور نظام التحكيم ، من نظام التحكيم الإختياري إلى نظام التحكيم الإجباري[1] ، وذلك عندما تبلورت فكرة الدولة ففرضت هيبتها وسلطتها على باقي أفراد المجتمع ، وأول عمل قامت به ، منعت الفرد أن يقتصي حقه بيده ، وحلت محله في اقتصاء حقوقه و رد العدوان عليه.

ولتحقيق الأمن في وسط الجماعة ، أنشأت الدولة لهذا الغرض هيئة تكون مهمتها حل المنازعات التي تحدث بين أفراد الجماعة ، وقد رافق ظهور أول تجمع بشري على وجه البسيطة الذي استغرق قرونا طويلة في صراع مستمر قائم على القوة المادية ظهور الدولة التي منعت الفرد من اقتصاء حقه بيده.

رافق ظهور كل ذلك ظهور الهيئة التي انحيط بها أن تقوم بحل المنازعات التي تقع بين أفراد الجماعة ، ومنذ ذلك الحين أصبحت الهيئة التي تقوم بهذه المهمة من الضرورات الإجتماعية ، فلا يخلو أي تجمع بشري من وجود هيئة تختص بحل المنازعات ، ويطلق عليها الهيئة القضائية ، وأصبح يقاس تطور أي مجتمع بتطور القضاء ، وهو بذلك يحتل حجر الزاوية في كل تجمع ، وقد قيل قديما أن الإنسان إجتماعي بطبعه ، فإن القضاء ملازم لهذه الطبيعة ، وأصبحت من أولويات الدولة هو إقامة العدل عن طريق هذه الهيئة فعينت أشخاصا يتولون هذه المهمة.

ولم تكتف الدولة على إنشاء الهيئة القضائية ، وتعيين أشخاص يتولون مهمة حل المنازعات التي تحدث بين أفراد المجتمع ، بل إلى جانب ذلك تولت وضع القواعد القانونية التي تنظم سير الهيئة ، وتضبط نشاطها ، وتبين للأفراد وسائل الإلتجاء إلى هذه الهيئة.

إن القواعد القانونية التي تنظم نشاط الهيئة القضائية ، تبين وسائل الإلتجاء إليها ، قد اختلف الرأي حول تحديد مصطلح هذه المادة ، غير أن المصطلح الشائع الذي يطلق على هذه المادة ، هو مصطلح الإجراءات.

إذن ، ما المقصود بمصطلح الإجراءات ؟

وهي المسألة التي اتطرق إليها فيما يلي :

---

1 - ابراهيم نجيب سعد ، القانون القضائي الخاص ، منشأة المعارف ، الاسكندرية 12 ص7.

ثانيا: تحديد مدلول الاجراءات

إن دلالة لفظ الاجراءات جمع اجراء، يقصد به في اللغة الفرنسية الشكل الخارجي للخصومة، وكان الفقه التقليدي يرى أن اصطلاح الاجراء هو مرادف لاصطلاح الشكل فهو يرى أن العمل الإجرائي يتكون من موضوع هو مادة النزاع يقابله الشكل.

غير أن هذا الفهم محل نظر، فهو لا يميز بين الاجراء والشكل، فيقصد بالاجراء العمل القانوني الذي يرتب عليه القانون أثرا مباشرا يكون جزءا من الخصومة القضائية، بمعنى آخر فهو النشاط الذي يضطلع به أشخاص الخصومة، ويبدأ هذا النشاط بايداع العريضة الافتتاحية للخصومة لدى امانة ضبط المحكمة، وينتهي بآخر عمل اجرائي هو صدور الحكم في الخصومة، وإن كانت جل الأعمال الإجرائية أعمال شكلية، أي أن تتم طبقا للشكل الذي يقرره القانون في حين يقصد بالشكل وسيلة التعبير عن مضمون العمل القانوني، بحيث لا يمكن له أن يرتب أثره إلا باستيفاء الوسيلة المقررة قانونا أي الشكل، وإن كل اجراء يخضع إلى شكل معين، فالاعلان هو اجراء أو نشاط ومضمونه هو ايصال أمر أو واقعة ثابتة به، إلى علم المعلن إليه على يد ضابط عمومي، لكن هذا الاعلان أي النشاط لا يجب أن يتم بأية وسيلة حسب ارادة طالب الاعلان، بل يجب أن تتم طبقا للشكل الذي يحدده القانون، بأن تتم بواسطة المحضر القضائي، وفقا للبيانات التي يحددها القانون.

إذن الاعلان هو اجراء، ولكن هذا الاجراء يجب أن يتم وفق الوسيلة (الشكل) التي يحددها القانون، أن يتم بواسطة المحضر القضائي، يقوم هو بتحرير محضر يذكر فيه البيانات التي يحددها القانون.

ويقصد من الناحية الاصطلاحية بمدلول الاجراء مجموعة القواعد الواجب اتباعها عند الالتجاء إلى القضاء.

غير أن هذه المادة إلى جانب تنظيمها للقواعد الاجرائية بالمفهوم السابق، فهي تنظم إلى جانب ذلك قواعد التنظيم القضائي وقواعد الاختصاص.

إذن مفهوم الإجراءات فهو جزء من هذه المادة، وتبعا لذلك أصبح يطلق الجزء على الكل، مما جعل هذا المصطلح قاصرا قصورا يعرضه للنقد من قبل الفقه.

ولذلك نجد الفقه قد انبرى إلى نقده، واقتراح بدل هذا المدلول، اصطلاح قانون الخصومة المدنية[1]، إلا أن هذا الاصطلاح قاصر في الدلالة، لأن هذا القانون لا يخص الخصومة فقط، بل يتناول إلى جانب ذلك التنظيم القضائي وتحديد وظيفته.

ومن جانب آخر فقد اقترح البعض اصطلاح القضاء المدني[2]، على أساس أنه هو القانون الذي ينظم القضاء، قد اعترض البعض على هذا المدلول، ذلك أنه يفيد ارتباطه بالقانون المدني، مما يخشى أن يفقد استقلاله، بينما اتجه البعض الآخر إلى تسمية هذا القانون بالقانون القضائي الخاص[3]، إلا أنه يثير إلتباسا في الذهن، بأنه يقصد به نظام القضاء الخاص الذي يتولاه الأفراد كالتحكيم[4].

وقد اختلفت التشريعات من جهتها حول تسميته هذا القانون، فيطلق عليه في فرنسا، اصطلاح قانون الاجراءات المدنية وهو نفس الاصطلاح الذي استعاره المشرع الجزائري.

بينما يطلق على هذه المادة في مصر مصطلح قانون المرافعات المدنية والتجارية، وقد تعرض هذا المصطلح هو الآخر إلى النقد، ذلك أن المرافعات -كما يرى هذا الفقه- لغة هي الشكوى إلى المحاكم، وهي تعني في الاصطلاح الدارج الخطاب الشفوي الذي يلقيه الخصم في ساحة القضاء أمام القضاة وبذلك يكون هذا المدلول قاصرا على التعبير عن جوهر هذه المادة.

في حين ذهبت بعض التشريعات إلى تسمية هذه المادة بأصول المحاكمات[5].

ويقصد بالمحاكمات، كل مايتم أمام القضاء من تقديم الأدلة والدفوع ومناقشتها من طرف الخصم ومايتم في القضية من تحقيق ومتابعة وخبرة، أي كل الإجراءات التي تتم أمام المحكمة، وبالتالي فإن هذا المدلول لا يعبر عن مضمون هذه المادة، لأن مصطلح الإجراء هو جزء من هذه المادة، ومن ثم أصبح يطلق الجزء على الكل.

---

1 - ابراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 9.

2 - فتحي والي، قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية القاهرة ط 2، ص 5.

3 - ابراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 10.

4 - فتحي والي، المرجع السابق، ص 6.

5 - أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ط 1970، ص 25.

ويطلق فقهاء الشريعة الاسلامية على هذا القانون اصطلاح علم القضاء[1]، إن ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الاسلامية – في تقديرنا – هو اقرب إلى التعبير عن مضمون هذا القانون، ذلك أن هذا القانون يشمل على مجموعة من القواعد التقنية التي تضبط نشاط الهيئة وسيرها وقواعد اختصاصها، وشروط ممارسة الحق في الدعوة وتقديم الدفوع وإصدار الأحكام وطرق الطعن فيها، وبالتالي يغلب عليها الجانب التقني والعلمي، فهو الذي يحدد وسائل تطبيق القواعد الموضوعية، وبذلك يمكن تسميته بالقانون القضائي التقنيي أو العلمي.

ومهما تعددت هذه المصطلحات، فيقصد بهذه المادة مجموعة القواعد القانونية التي تنظم النشاط القضائي في سكونه وحركاته.

ومن جانبنا سنحتفظ بالمصطل الرسمي الذي اتخذه المشرع الجزائري، وهو قانون الاجراءات المدنية والادارية واختصارا نسميه بالاجراءات المدنية والادارية. وان كان لنا بعض التحفظ على الإضافة الجديدة على هذه المادة حيث كان يطلق عليها في القانون القديم قانون الإجراءات المدنية، في حين أضاف إليها في القانون الجديد عبارة «والإدارية» في حين أن هذا القانون هو قانون لتطبيق جميع القواعد الموضوعية المدنية والتجارية والعمالية وقضايا الأسرة و الإدارية. بمعنى أنه كان من الأحسن المحافظة على المصطلح القديم على أنه أداة التطبيق للقواعد الموضوعية عدا القواعد الموضوعية المقررة في قانون العقوبات، فهي تخضع لقانون إجرائي خاص بها.

وتبعا لذلك، يبقى السؤال مطروحا حول مضمون هذه المادة، فيما يتمحور، ونرى ذلك، فيما يلي:

ثالثا: مضمون الاجراءات المدنية

من التحليل السابق لهذا القانون، يتبين لنا أنه يشمل على مجموعة القواعد القانونية التي تنظم السلطة القضائية وتشكيلها وتحديد اختصاصها، وتبين الاجراءات الواجب اتباعها عند طلب الحصول على الحماية القضائية.

---

1 - أحمد مسلم، أصول المرافعات ،دار الفكر العربي، القاهرة، ص 9.

وتبعا لذلك ، فإن هذا القانون يشتمل على القواعد القانونية التالية:

1 - قواعد التنظيم القضائي

هي تلك القواعد القانونية التي تبين الجهات القضائية ، فتبين المحاكم المختلفة وتشكيلها ودرجة ترتيبها ، من محاكم الدرجة الأولى ومحاكم الإستئناف ، ومحكمة النقض ، وطرق تعيين أعضائها مع بيان حقوقهم وواجباتهم ، والهيئات والأشخاص الذين يمكن مساعدة رجال القضاء في أداء مهامهم ، ككتاب الضبط والمحامين والخبراء وغيرهم ، ويشمل النظام القضائي الجزائري على النظام القضائي العادي والنظام القضائي الإداري.

ويخضع التنظيم القضائي الجزائري إلى القانون العضوي رقم 11/05 المؤرخ في 2005/07/17.

2 - قواعد الاختصاص

وهي مجموعة من القواعد القانونية التي تبين كيفية توزيع المنازعات على مختلف الجهات القضائية ، فتحدد لكل جهة قضائية نصيبها من المنازعات التي تفصل فيها.

فتتولى قواعد الإختصاص الولائي أو الوظيفي تبيان ما يؤول لكل جهة قضائية من المنازعات ، أي ما يدخل في اختصاص جهة القضاء الإداري ، وما يدخل في جهة القضاء العادي ، ويتم توزيع المنازعات بين النظام القضائي الإداري والنظام القضائي العادي ، بحسب نوع الدعوى ، فتخص جهة القضاء الإداري بالمنازعات الإدارية ، وتعتبر المنازعة إدارية ، إذا كان أحد أطراف الدعوى هو الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية ، طبقا لما تنص به المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أما باقي المنازعات الأخرى تختص بها جهة القضاء العادي.

أما قواعد الإختصاص النوعي فهي التي تبين كيفية توزيع المنازعات على طبقات الجهة القضائية الواحدة ، فهي التي تبين على سبيل المثال ما تختص به المحاكم وجهة الإستئناف والمحكمة العليا.

فتختص المحاكم نوعيا بالنظر في جميع المنازعات المدنية والتجارية والإجتماعية وقضايا الأسرة إلخ... وتفصل فيها بحكم إبتدائي قابل للطعن فيه بالإستئناف مالم ينص القانون على خلاف ذلك.

بينما تختص نوعيا جهة الإستئناف بالفصل في الطعون بالإستئناف في الأحكام الصادرة إبتدائيا عن محاكم الدرجة الأولى.

وتختص المحكمة العليا نوعيا بالفصل في الطعون ضد الأحكام والقرارات الصادر في آخر درجة

أما قواعد الإختصاص الإقليمي أو المحلي ، هي التي تحدد المنازعات التي تنظرها كل جهة قضائية بالنظر إلى موقعها الجغرافي وموطن الشخص المرفوع عليه الدعوى, و بذلك يتحدد الإختصاص الإقليمي, كقاعدة عامة, للمحكمة التي يقع بدائرتها موطن المدعى عليه.

3 - قواعد اجراءات الخصومة

فهي تشمل على مجموعة من القواعد الاجرائية التي تبين كيفية الالتجاء إلى القضاء ، وكيفية انعقاد الخصومة القضائية والتحقيق والمرافعة فيها ، واصدار الأحكام القضائية وطرق الطعن فيها وغيرها من القواعد الاجرائية الأخرى.

هذا فيما يتعلق بمضمون هذا القانون ، ومع ذلك فسيبقى السؤال يتبادر إلى الذهن ، فما أهمية هذا القانون وهي المسألة التي نبينها فيما يلي:

رابعا: أهمية الإجراءات المدنية

يقوم القضاء بوظيفة الحماية القضائية للحقوق والمراكز القانونية ، في حالة تعرضها للاعتداء بتوقيع الجزاء على المعتدي.

والأصل في تطبيق القواعد القانونية في المجتمع أن يقع تلقائيا من قبل الأفراد ، وهكذا تعيش القاعدة القانونية حياتها الطبيعية في المجتمع ، فهي كالانسان يعيش في

هذا المجتمع ويقوم بدوره إلى أن يصاب بعلة تقعده عن أدائه لنشاطه العادي مما يقتضي تدخل الطبيب لايجاد حل لازمته الصحية وإعادة الفعالية إليه ،كذلك يحدث للقاعدة القانونية ما يحدث للانسان ، إذ قد تدخل في أزمة عندما يحصل خلل في التطبيق التلقائي للقاعدة القانونية ، إما بسبب مخالفتها بالرغم من وضوحها أو بسبب التجهيل بها.

وهكذا تحدث أزمة في النظام القانوني ، مما يقتضي تدخل الدولة عن طريق السلطة القضائية لازالة هذه الأزمة وإعادة الفعالية اللازمة لها بتوقيع الجزاء على المعتدي.

والقواعد القانونية نوعين ، الأول يتضمن أوامر ونواه قصد به المشرع بيان الحقوق ، والثاني يتضمن الدعوة إلى طاعتها وتبيان الجزاء على مخالفتها ، ويعرف النوع الأول بالقواعد المقررة للحقوق أو المبينة لها ، أما النوع الثاني يعرف بالقواعد الجزائية ، أي التي توقع الجزاء نتيجة الإخلال بالحقوق التي كفل النوع الأول بحمايتها.

إن قانون النظام القضائي يتولى تنظيم السلطة المختصة في الدولة - وهي السلطة القضائية - بتوقيع الجزاء على مخالفة القواعد القانونية لحمل الأفراد على طاعة القوانين واحترام الحقوق ، وقانون الإجراءات هو الذي ينظم طريقة الخضوع لهذه السلطة ، ويبين كيفية الفصل في المنازعات ، وبذلك يدخل قانون الإجراءات المدنية والإدارية ضمن القوانين الجزائية ومن الأمثلة على ذلك ، فإن القواعد الموضوعية هي التي تبين شروط إنعقاد العقد ، فإذا انعقد العقد صحيحا ، وجب تنفيذه ، فإن أخل أحد أطراف العقد بإلتزامه ، فإن القواعد الموضوعية هي التي تبين الجزاء عن هذا الإخلال ، فإن قانون الإجراءات هو الذي يبين طرق أعمال هذا الجزاء من أجل الحصول على إحترام حق المتعاقد الآخر الذي نفذ إلتزامه ، وبذلك يعتبر قانون الإجراءات المدنية من القوانين الجزائية.

وتبعا لذلك يمكن تقسيم القواعد القانونية ، إلى قواعد موضوعية وقواعد إجرائية ، وفي حالة الوقوع الإخلال بالقواعد الموضوعية ، فيتم إعادة الفعالية لها عن طريق قانون الإجراءات ، فهو قانون إجرائي لأعمال القانون الموضوعي في الحياة الإجتماعية ، فالقانون الإجرائي هو قانون إلزامي يبين للأفراد طرقا تكفل حماية حقوقهم في حالة تعرضها للإعتداء.

وبذلك يرتبط قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بدور القاضي في المجتمع ، فينعكس عليه إيجابا أو سلبا . فكلما كانت قواعده بسيطة وسهلة وواضحة غير غامضة أو معقدة ، كلما مكن القاضي من تحقيق العدالة في المجتمع بأقصر الطرق وأقل التكاليف . إنعكس ذلك على الحياة الإجتماعية من توفير الثقة مما يشيع في المجتمع لأمن والطمأنينة وهي أساس كل تطور وازدهار إقتصادي و إجتماعي.

ولذلك يرى أحد الفقهاء أن إصلاح الحياة الاجتماعية يتوقف على صلاحية هذا القانون ، فإذا صلح صلحت وإن فسد فسدت[1], أضف إلى ذلك, فإن إصلاح الحياة الاجتماعية, يتوقف على صلاحية القاضي, فإذا صلح صلحت و إذا فسد فسدت, فهو الذي يحول القانون الصالح إلى قانون فاسد و العكس صحيح .

وهذا الرأي يصيب قلب الحقيقة ، لأنه وكما قال أحد الحكماء قديما ، أن العدل أساس الملك ، أي أساس الدولة.

والقضاء لا يمكن له أن يقوم بوظيفته في المجتمع ، إلا إذا استند إلى مجموعة القواعد الاجرائية التي تبين وسائل الالتجاء إلى القضاء ، هذه الوسائل تكون واضحة وسهلة وبسيطة تمكن القاضي من حماية حقوق الأطراف بأسرع وقت وأقل التكاليف.

والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن ، فما حظ قانون الإجراءات المدنية والإدارية من كل ذلك ، فهل هو قانون يساهم في تحقيق العدل بأقصر الطرق وأقل التكاليف ، أم أنه غير ذلك ؟

للإجابة عن ذلك ، أقول أنني كنت أنتقد قانون الإجراءات المدنية السابق ، نظرا لما يتميز به من بعض القصور والتناقض كان ذلك في عدة مناسبات[2].

غير أن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد لم يتلاف تلك النقائص ، بل على عكس ما كان منتظرا ، وفي العادة فإن التقنين الجديد يأتي ليتدارك النقائص المسجلة في التقنين السابق ويستفيد من التجارب السابقة ، وبذلك يشكل القانون الجديد خطوة إلى الأمام تدفع المجتمع نحو التقدم و التطور.

---

1 - ابراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 12.

2 - عمر زودة ، الإجراءات المدنية ، دار النشر ، إيسكلوبيديا ، طبعة 2009 ، الجزائر ، ص 9.

بيد أنه إذا قارنا القانون الجديد بالقديم ، فإنه وبسهولة ودون جهد نصل إلى نتيجة ، وهي أن القانون القديم أفضل من القانون الجديد ، سواء من حيث وضوح قواعده أو من حيث صياغة أحكامه ، بل يشكل القانون الجديد خطوة إلى الوراء ، فأحكامه تتميز بالتناقض والغموض ، يأتي بحكم ونقيضه.

ويعود ذلك أساسا إلى أن هذا القانون أي القانون الجديد مقتبس من القانون الفرنسي ، وإذا كان القانون الفرنسي يحتوي على ألف وخمسمائة مادة ونيف ، في حين أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية يحتوي على ألف مادة ونيف مما يجعل النص المقتبس قاصرا نتيجة هذا الفرق. وبالمقارنة مع النص الأصلي المقتبس منه والنص المقتبس ، فيأتي هذا الأخير غامضا وأحيانا متناقضا ، لأنه لم يتضمن كل فقرات النص الأصلي ، وبذلك يصعب على القاضي فهمه

ومن الأمثلة على ذلك ، ما ورد في نص المادة 60 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها ما يلي:

« لا يتقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلا ، إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك ، وعلى من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه ».

في حين تنص المادة 114 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على مايلي:

« أي عمل إجرائي لا يتقرر التصريح ببطلانه لعيب شكلي إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة ، بإستثناء الأشكال الجوهرية أو تلك المتعلقة بالنظام العام »

إذن المادة 60 مقتبسة من المادة 114 من القانون الفرنسي.

وجاء نص المادة 60 خاليا من الفقرة التالية:

« بإستثناء الأشكال الجوهرية أو المتعلقة بالنظام العام » وهذه الفقرة هي التي تكون جوهر نظرية البطلان في القانون الفرنسي ، وأن خلو المادة 60 من هذه الفقرة قد ترك وراءها فراغا ، يصعب تداركه.

وبذلك يكون المشرع الجزائري ، قد تبنى نظام البطلان الذي جاءت به المجموعة الفرنسية لسنة 1806 ولم يأخذ بنظام البطلان الذي جاءت به المجموعة لسنة 1975 ،

وهذا ما سيواجهه القضاء من صعوبات ، إذ توجد هناك العديد من الأشكال الجوهرية أو المتعلقة بالنظام العام لم يرتب القانون عليها أي بطلان على مخالفتها.

إذن جاءت هذه النصوص في جملتها متناقضة وقاصرة يصعب فهمها وتطبيقها في الحياة العملية وهذا ما سنبينه بأكثر تفصيل خلال هذه الدراسة.

خامسا: طبيعة الاجراءات المدنية

طرح سؤال في الفقه يتعلق بطبيعة قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، فهل يعتبر فرعا من فروع القانون الخاص الذي ينظم علاقة الأفراد ببعظهم ببعض ، أم هو فرع من فروع القانون العام الذي يتناول قواعد تنظيم مصالح الدولة وعلاقاتها ببعضها ببعض أو علاقاتها بالأفراد ؟

وقد انقسم الفقه للاجابة على هذا السؤال إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: قانون الإجراءات فرع من فروع القانون الخاص

يرى هذا الاتجاه أن قانون الاجراءات المدنية والإدارية ، هو فرع من فروع القانون الخاص ، لأنه ينظم الخصومة التي تعتبر ملكا لأصحابها ، ومن ثمة فإن القواعد القانونية التي تنظم الخصومة فغايتها تحقيق مصلحة هؤولاء.

غير أن هذا الاتجاه محل نظر ، ذلك أن القانون لا ينظم اجراءات الخصومة فحسب ، بل إلى جانب ذلك ، فهو ينظم السلطة القضائية وقواعد الاختصاص ، كما رأينا فيما سبق.

والقواعد المنظمة للسلطة القضائية ، هي قواعد من القانون العام ، وكذلك قواعد الاختصاص كقواعد الاختصاص الوظيفي والنوعي ، هي قواعد من القانون العام ، لأنها كلها تهدف إلى تحقيق الصالح العام ، فضلا عن ذلك ، أنه إن كانت القواعد المنظمة لاجراءات الخصومة تتعلق بحماية حقوق الأفراد ، فإنها إلى جانب ذلك تهدف في النهاية إلى تحقيق السلم في المجتمع وهي الغاية التي يسعى إليها المجتمع.

إن القواعد التي تبين كيف ترفع الدعوى أمام القضاء والبيانات الواجب توافرها فيها ، وقواعد انعقاد الخصومة ، فهي تبين في النهاية طرق استعمال مرفق القضاء ، والقواعد المنظمة لمرافق القضاء ، هي قواعد تتعلق بالقانون العام.

الاتجاه الثاني: قانون الإجراءات فرع من فروع القانون العام

يرى هذا الاتجاه ، أن قانون الاجراءات المدنية والإدارية ، هو فرع من فروع القانون العام ، فهو الذي ينظم السلطة القضائية ، وقواعد توزيع المنازعات على الجهات القضائية المختلفة ، وإلى جانب ذلك ، فهو يبين كيفية استعمال مرفق القضاء ، وأنه لا ينفي عنه طبيعته وجود بعض القواعد التي تدخل ضمن القانون الخاص ، كقواعد الاختصاص المحلي.

إن قانون الاجراءات المدنية ولإدارية – وفي تقديرنا – يدخل ضمن القانون العام ، ذلك أن قواعد الإجراءات في النهاية تهدف إلى تبيان وسائل استعمال مرفق القضاء ، وتبعا لذلك فإن الغاية من هذه القواعد ، هي تحقيق حسن سير مرفق القضاء ، وكل مايتعلق بحسن سير مرفق القضاء يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع ، فضلا عن ذلك فإن قواعد المنظمة للسلطة القضائية وقواعد الاختصاص الوظيفي والنوعي هي قواعد تهدف إلى تحقيق الصالح العام.

والقانون العام يهدف على الدوام إلى تحقيق الصالح العام ، وبالتالي يعد فرعا من فروع القانون العام ، ولا ينفي عنه طبيعته ورود بعض القواعد التي تهدف إلى تحقيق مصلحة المتقاضين.

وتظهر أهمية هذا الخلاف في حالة الانحياز إلى أحد الاتجاهين فيما يتعلق بدور القاضي في الخصومة المدنية.

فمن يرى أن قانون الاجراءات المدنية والإدارية ، هو فرع من فروع القانون الخاص ، فيترتب على ذلك أن يصبح دور القاضي في الخصومة المدنية دورا سلبيا ، باعتبارها ملكا لأصحابها ، فلا يجوز له أن يتدخل فيها ، وإلا مس بمبدأ الحياد.

في حين من يرى أنه فرع من فروع القانون العام، فيترتب عليه أن يصبح دور القاضي في الخصومة المدنية دورا ايجابيا، لأن هدف الخصومة ليس فقط حماية حقوق الأفراد فحسب، بل إلى جانب ذلك، فهي تتعلق باستعمال مرفق القضاء، فتهدف من خلال ذلك إلى تحقيق حسن سير العدالة، برد الاعتداء الذي يقع على الحقوق والمراكز القانونية في المجتمع، ومن مصلحة المجتمع أن يمنع وقوع الاعتداء على هذه الحقوق والمراكز القانونية، لأن الاعتداء عليها يؤدي إلى تعكير السلم الاجتماعي.

وتبعا لهذا الاتجاه، يفتح مجالا واسعا للقاضي لكي يحقق هذه الغاية، وهو الاتجاه الذي انحاز إليه المشرع الجزائري، فيسمح للقاضي أن يأمر تلقائيا بحضور أحد الأطراف شخصيا أمامه، أو إجراء تحقيق أو تقديم وثيقة أو الانتقال إلى المعاينة أو إجراء خبرة، أو اتخاذ أي اجراء الذي يمكنه من تحقيق العدالة، وذلك طبقا لما تنص عليه المادة 43 من قانون القديم.

وهو نفس الموقف الذي أكد عليه المشرع في المادة 75 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيث يسمح للقاضي أن يأمر تلقائيا بأي إجراء من إجراءات التحقيق، وأن يأمر بإدخال أي شخص في الخصومة يرى أن إدخاله مفيد لحسن سير العدالة أو لإظهار الحقيقة طبقا لما تنص عليه المادة 201 من نفس القانون.

سادسا: تمييز القواعد الموضوعية عن القواعد الاجرائية

القواعد الموضوعية هي التي تبين كيف ينشأ الحق وينقضي فتبين مصادر الحق والالتزامات المختلفة وأسباب انتقالها وانقضائها، وهي تلك القواعد المنصوص عليها في القانون المدني والتجاري والبحري والعمالي والأسرة، في حين أن القواعد الاجرائية هي التي تبين كيف يؤدي الحق ويحترم، فإذا ما وقع إعتداء على الحق أو المركز القانوني، فإن القواعد الاجرائية هي التي تبين الوسيلة أي الدعوى التي تؤدي إلى إحترام هذا الحق أو المركز القانوني، كذلك إذا انتزعت السلطة المادية من صاحب الحق، فالقواعد الاجرائية هي التي تبين وسيلة استرجاع صاحب الحق سيطرته المادية على حقه بإجبار المدين باقتضاء أداء معين جبرا عنه، وذلك عن طريق إجراءات التنفيذ الجبري، وهي تلك القواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

والتمييز بين القواعد الموضوعية والاجرائية ، يترتب عليه أثر يختلف من حيث تنازع القوانين في الزمان ، كذلك يختلف اثره من حيث البطلان الناتج عن تطبيق القواعد الموضوعية عن القواعد الإجرائية.

فبالنسبة للبطلان الموضوعي ، فإذا وقع وتمسك به الخصم فيجب على القاضي أن يستجيب لهذا الدفع ، حتى ولو لم يكن متعلقا بالنظام العام. في حين البطلان الاجرائي إذا وقع وتمسك به الخصم فيمكن للقاضي ألا يحكم به ما دامت الغاية قد تحققت من الإجراء أي أن هذه المخالفة لم تلحق أي ضرر بالخصم.

والحق الذي ينشأ عن تطبيق القاعدة الموضوعية يتقادم ، في حين أن الحق الذي ينشأ عن القاعدة الإجرائية يسقط.

وتبعا لذلك ، فإن الأثر المترتب عن مواعيد التقادم ، يختلف عن مواليد السقوط ، فالأولى لا تتعلق بالنظام العام ، ولا يمكن إثارة التقادم بنوعية المسقط والمكسب تلقائيا من قبل القاضي ، بينما مواعيد السقوط منها ما يتعلق بالنظام العام ، ومنها ما لايتعلق بها ، وإن كان الأصل أن القواعد الموضوعية ، ترد ضمن القوانين الموضوعية ، والقواعد الإجرائية ترد ضمن القوانين الإجرائية.

غير أنه لا يمنع من أن ترد بعض القواعد الإجرائية ضمن القواعد الموضوعية ، والعكس صحيح وفي هذه الحالة يجب أن تحتفظ هذه القواعد بطبيعتها ، كذلك فإن القاعدة الموضوعية تلغى بنفس القاعدة ، والقاعدة الإجرائية تلغى أيضا بالقاعدة الإجرائية ، ولا يمكن للقاعدة الموضوعية أن تلغى بالقاعدة الإجرائية ، والقاعدة القانونية – سواء كانت موضوعية أو إجرائية – يكون إلغاؤها صريحا أو ضمنيا.

وقد ثار سؤال حول القاعدة القانونية الواجبة التطبيق ؟ إذا ثار نزاع بين الخصمين ، حيث يتمسك الدائن بأحكام المادة 344 من قانون الإجراءات المدنية القديم ، حيث تنص على ما يلي:

« تكون الأحكام قابلة للتنفيذ خلال 30 سنة ، تبدأ من يوم صدورها وتسقط بعد انقضاء هذه المدة »

في حين المدين يتمسك بالمادة 2/319 من القانون المدني ، التي تنص على ما يلي:

« غير أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الشيء المعني به كانت مدة التقادم ، الجديدة خمسة عشر سنة »

فما هو النص الواجب التطبيق ؟ فهل يطبق النص الوارد في قانون الإجراءات المدنية الذي يحدد مدة التقادم بثلاثين سنة ، أم النص الوارد في القانون المدني الذي يحدد مدة التقادم بخمسة عشر سنة ؟

بادئ ذي بدء ، يجب تحديد طبيعة القاعدة القانونية التي وردت في قانون الإجراءات المدنية ، فهل هي قاعدة موضوعية ؟ أو قاعدة إجرائية ؟

واستنادا إلى معيار التمييز بين القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية ، فيتبين لنا أن تلك القاعدة تبين كيف ينقضي الحق . فإذالم يسع الدائن إلى تنفيذ الحكم في خلال هذه المدة ، فإنه يترتب عليه سقوط الإلتزام على المدين ، وبالتالي فإن القاعدة المنصوص عليها بالمادة 344 المشار إليها قاعدة موضوعية بالرغم من ورودها ضمن قانون الإجراءات المدنية.

وتبعا لذلك تعد القاعدة الواردة في المادة 319 من القانون المدني ، والقاعدة الواردة في المادة 344 من قانون الإجراءات المدنية ، هما قاعدتان موضوعيتان من جنس واحد.

وحيث أن إلغاء القواعد القانونية قد يكون صريحا ، وذلك عندما ينص القانون صراحة على إلغاء القاعدة القانونية ، وقد يكون الإلغاء ضمنيا ، وذلك إذا تناول المشرع في القاعدة القانونية الجديدة نفس الموضوع الذي تناولته القاعدة القانونية السابقة على نحو مختلف ، وتبعا لذلك تلغى القاعدة اللاحقة القاعدة السابقة.

وبما أن القاعدة المنصوص عليها بالمادة 344 من قانون الإجراءات المدنية الذي صدر سنة 1966 ، التي تبين أن الإلتزام الذي صدر به الحكم لا ينقضي إلا بمرور مدة ثلاثين سنة . في حين القاعدة المنصوص عليها بالمادة 2/319 من القانون المدني الذي بدأ العمل به سنة 1975 والتي تبين أن الإلتزام الذي صدر به الحكم لا ينقضي إلا بمرور مدة خمسة عشر سنة.

إذا فهما قاعدتان موضوعيتان ، فقد نظمت القاعدة اللاحقة نفس الموضوع الذي نظمته القاعدة السابقة على نحو مختلف ، ونتيجة لذلك. فإن القاعدة السابقة تم إلغاؤها ضمنيا

وبالتالي تطبق على النزاع القاعدة اللاحقة ، أي تطبق المادة 2/319 من القانون المدني ، ولا يمكن أن نصل إلى هذه النتيجة لو لم نعتمد على معيار التمييز بين القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية.

ومن بين القواعد الموضوعية التي وردت في قانون الإجراءات المدنية والإدارية المادة 377 ، وبالتالي لا تطبق هذه المادة إلا على الطعون التي رفعت بعد سريان القانون الجديد طبقا لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد على الماضي وسأتطرق إلى مسألة سريان قانون الإجراءات المدنية والإدارية من حيث الزمان كما يلي:

سابعا: سريان قانون الاجراءات المدنية من حيث الزمان

لم يتضمن قانون الاجراءات المدنية القديم نصوصا تنظم سريان القانون الاجرائي من حيث الزمان. في حين أن قانون الإجراءات الجديد نص في المادة الثانية منه على مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد.

ومع ذلك ، فإن هناك مسائل في غاية الأهمية لم يتطرق المشرع إلى تنظيمها ، مع الإشارة إلى أن المشرع قد تطرق في القانون المدني إلى تنظيم مسألة سريان القانون من حيث الزمان ، ونص على المبادئ الأساسية في اثر تعاقب القوانين في الزمان.

وغني عن البيان ، فإن أثر سريان القوانين من حيث الزمان ، تخضع إلى مبدأين: الأول مبدأ عدم رجعية القانون الجديد على الماضي ، وهو المبدأ المنصوص عليه في المادة 2 من القانون المدني ، والمبدأ الثاني وهو مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد ، وهو المبدأ المنصوص عليه في المادة 7 من نفس القانون ، وهو تطبيق القانون بأثر فوري أو حال أو مباشر على الاجراءات.

ومن نافلة القول أن مبدأ الأثر الفوري لا تخضع له الاجراءات فحسب ، بل تخضع له القواعد الموضوعية والإجرائية على حد سواء ، وليس كما يفهم من سياق النص وأن الاجراءات هي التي تخضع للأثر الفوري للقانون الجديد.

وترتيبا على ذلك ، فالقانون الجديد ليس له أثر على المراكز القانونية التي تكونت أو انقضت وعلى الآثار التي ترتبت في القانون القديم ، في حين أن القانون الجديد يطبق

على المراكز القانونية التي تكونت أو انقضت وعلى الآثار المترتبة ابتداء من تاريخ سريانه ، أي أن كل الأحداث التي تقع بعد سريانه تخضع له.

غير أن هناك مراكز قانونية التي بدأت في التكون أو الانقضاء أو في ترتيب الآثار في ظل القانون القديم ، ومع ذلك لم يتم هذا التكون أو الانقضاء أو ترتيب الآثار القانونية إلا في ظل القانون الجديد.أي يمكن أن يطلق على هذه المراكز القانونية بالمراكز المخضرمة ، أي أنها ولدت في ظل القانونالقديم ولم يكتمل هذا الميلاد أي المركز إلا في ظل القانون الجديد.

والسؤال المطروح في هذا الصدد ، فهل يخضع تمام هذا التكوين أو الإنقضاء أو ترتيب الاثار القانونية إلى االقانون القديم الذي بدأ فيه ، أم القانون الجديد الذي اكتمل فيه؟

ويطرح هذا التساؤل إشكالية تنازع القوانين من حيث الزمان ، وتتوقف الإجابة عن هذا السؤال على معرفة الأنواع المختلفة للمراكز القانونية[1].

وتنقسم المراكز القانونية إلى مراكز شخصية الطابع المميز لها هو الغنم والفائدة ، ويطلق عليها اسم الحق ، ومراكز موضوعية وتقوم على فكرة الغنم والغرم ، ومن تطبيقات هذه المراكز ، مركز الزوج في الأسرة الذي يفرض عليه النفقة على الزوجة ومركزالقاصر الذي يفرض عليه الخضوع إلى نظام الولاية أو الوصاية أو القوامة.

---

1 - يتكون النظام القانوني في الدولة من مجموعة القواعد القانونية كالتشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية ، التي تتميز أحكامها بالعمومية والتجريد ، وإلى جانب القواعد القانونية توجد حقوق الأفراد الخاصة ، وهي امتيازات يستأثر بها كل فرد على حدة ، يطلق عليها في الاصطلاح القانوني ، اسم الحق كحق الشخص في ملكية سيارته.

وعلى ذلك يطرح التساؤل في هذا الصدد ، فهل يشمل الاصطلاح القانوني ، على القواعد العامة ، وعلى الحقوق الخاصة أو ما يمكن تسميتها بالمراكز الفردية ، تقابلها القواعد القانونية العامة.

فلقد تمكن الفقه الحديث من تمييز بين القواعد القانونية العامة ، وتطبيقاتها فلقد لاحظ أن تطبيق القواعد العامة ، لا يقتصر على انشاء وحماية حقوق الأفراد الخاصة بل يتجاوز إلى انشاء مراكز قانونية لا تنطوي على امبيازات خالصة لأي فرد ، تسمى بالمراكز القانونية الموضوعية.

وتبعا لذلك ينشأ عن تطبيق القواعد القانونية نوعان من المراكز القانونية ، مراكز قانونية شخصية الطابع المميز لها هو الغنم و الفائدة ويطلق عليها اسم الحق ، كحق الشخص في ملكية منزله ، ومراكز قانونية موضوعية الطابع المميز لها هو الغنم إلى جانب الغرم مثل مركز المواطن في الدولة أو مركز الأستاذ في الجامعة.

وعلى ذلك يمكن التمييز بين القواعد القانونية وتطبيقاتها ، وينشأ عن تطبيق تلك القواعد المراكز الفردية الخاصة ، وهي تنقسم إلى مراكز شخصية ومراكز موضوعية.

انظر سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، ص 18.

وتنقسم المراكز القانونية من جهة أخرى إلى مراكز قانونية فورية ، إذ تنشأ أو تنقضي أو ترتب آثارها في لحظة واحدة من الزمان.

ومراكز قانونية ممتدة في الزمان أو مستمرة أو جارية ، فلا يمكن أن تنشأ أو تنقضي أو ترتب آثارها إلا خلال مدة معينة ، وتبعا لذلك فهي تستمر في التكون أو الإنقضاء ، أو في ترتيب آثارها في ظل أكثر من قانون واحد . مثل المركز القانوني الناشئ عن الخصومة أو التقادم المكسب أو المسقط.

إن المراكز القانونية الفورية التي تكونت أو انقضت أو الآثار القانونية التي ترتبت في ظل القانون القديم ، فتخضع لهذا القانون ، طبقا لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد على المراكز القانونية السابقة على سريانه ، أما المراكز القانونية التي تكونت أو انقضت في ظل القانون الجديد[1] ، فإن تمام هذا التكون أو الانقضاء ، يخضع للأصل العام أي للأثر الفوري للقانون الجديد.

غير أن العناصر أو الأجزاء التي تكونت في ظل القانون القديم أو الآثار القانونية التي ترتبت ، فإنها تخضع لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد عل الماضي . أما العناصر التي تكونت أو انقضت والآثار التي ترتبت عن المراكز القانونية الماضية في ظل القانون الجديد ، فهي تخضع لمبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد.

إذن تخضع مسألة تنازع القوانين من حيث الزمان ، سواء تعلق الأمر يالقواعد الموضوعية أو القواعد الإجرائية إلى مبدأين:

الأول: هو عدم سريان القانون الجديد على المراكز القانونية التي تكونت أو انقضت ، وعلى الآثار القانونية التي ترتبت.

إن المراكز القانونية الجارية أو المستمرة ، تتكون من مجموعة من الأجزاء ، منها ما يتكون في ظل القانون القديم ، ومنها ما يتكون في ظل القانون الجديد ، فإن الأجزاء التي تهم هذا التكون أو الإنقضاء والتي تكونت في ظل القانون القديم ، فتخضع لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد على الماضي ، فمثلا إذا رفعت الدعوى طبقا للإجراءات التي ينص عليها القانون الساري وقت رفعها ، فإذا صدر قانون جديد يعدل من شروط رفع الدعوى ،

1 - حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، ص 347.

أي استحدث شروطا جديدة ، فلا يسري القانون الجديد على تلك الدعاوى التي رفعت في ظل القانون القديم ، ومن الأمثلة على ذلك ، كان القانون القديم لا يشترط شهر العريضة الإفتتاحية للخصومة لدى المحافظة العقارية ، في حين أن القانون الجديد يشترط ذلك تحت طائلة البطلان ، طبقا للمادة 3/17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن القانون الجديد لا يسري على الدعاوى المرفوعة قبل سريانه ، طبقا لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد على الماضي.

الثاني: هو سريان القانون الجديد بأثر فوري على المراكز القانونية التي تكونت أو انقضت و الآثار القانونية التي تربت ، والعناصر التي تهم هذا التكون أو الإنقضاء ابتداء من سريانه ، أي أن جميع الحوادث التي تقع بعد سريانه تخضع للأثر الفوري للقانون الجديد.

إذن القانون أخضع مسألة التنازع القوانين من حيث الزمان إلى قاعدتين عامتين ، القاعدة الأولى هي عدم رجعية القانون الجديد على الماضي والثانية هي تطبيق القانون الجديد بأثر فوري على جميع الوقائع التي تحدث بعد سريانه.

وطبقا للقواعد العامة التي تقضي بأنه لا يجوز الخروج عن القاعدة العامة ، إلا إذا أورد المشرع إستثناء عليها.

والسؤال المطروح ، فهل أورد المشرع استثناءات على القاعدتين ؟

للإجابة عن ذلك تكون بنعم فقد أورد المشرع عدة إستثناءات على القاعدتين.

وتبعا لذلك ، سأتطرق إلى بعض المسائل العملية التي تثيرها مسألة تنازع القوانين من حيث الزمان استنادا إلى القاعدتين المذكورتين أعلاه والاستثناءات الواردة عليها كما يلي:

1 - القواعد المتعلقة بتعديل الأهلية

قد يصبح الشخص بالغ سن الرشد طبقا للقانون القديم ، قاصرا طبقا للقانون الجديد ، فهل يخضع هذا الشخص إلى أحكام القانون القديم الذي بلغ سن الرشد في ظله ، أم إلى القانون الجديد الذي أصبح فيه قاصرا؟

طبقا لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد على المراكزالقانونية التي اكتملت في ظل القانون القديم ، فلا يجوز للقانون الجديد أن يمس بالمركز القانوني للشخص الذي بلغ سن الرشد في ظل القانون القديم ، لأن بلوغ الشخص سن الرشد في ظل القانون القديم ، يعد مركزا مكتملا ، فلا يخضع للأثر الفوري للقانون الجديد.

غير أن المشرع قد استثنى الأشخاص الذين بلغوا سن الرشد في ظل القانون القديم من هذه القاعدة حيث يصبح الشخص الذي بلغ سن الرشد في ظل القانون القديم ، ناقص الأهلية حسب القديم الجديد ، وهذا ما تنص عليه المادة 6 من القانون المدني ، وفي ذلك تطبيق رجعي للقانون الجديد ، وبما أن الرجعية مقررة بنص في القانون ، فهي جائزة طبقا للنظرية الحديثة ، ذلك أن مبدأ الرجعية يقيد القاضي ولا يقيد المشرع.

وتبعا لذلك: إذا رفع الشخص الدعوى أمام القضاء ، وصدر قانون جديد يعدل من قواعد الأهلية ، سواء بالرفع أو الخفض منها ، ففي حالة الرفع من سن الرشد ، سيصبح هذا الشخص قاصرا بعد أن كان بالغا سن الرشد ، فإذا ما سبق له أن رفع الدعوى في ظل القانون القديم ، فلا يستطيع – طبقا للقانون الجديد- موالاة إجراءات الدعوى و متابعتها ، لأنه فقد الأهلية ويترتب على ذلك ، انقطاع الخصومة ، وتعتبر كل الإجراءات التي تمت بعد سريان القانون الجديد باطلة ، أما الإجراءات التي تمت قبل سريان القانون الجديد تعد صحيحة ، ومنها الإجراء الخاص برفع الدعوى ، ومن تم يتعين على القيم أن يعيد السير في الدعوى باسم القاصر.

أما في حالة الخفض من سن الرشد ، فيصبح الشخص راشدا ، وطبقا للأثر الفوري للقانون الجديد ، فيترتب على ذلك انقطاع الخصومة أيضا ، فيصبح الولي أو الوصي أو القيم غير ذي صفة في موالاة اجراءات الخصومة ، فيتعين موالاة الإجراءات من الشخص الذي بلغ سن الرشد ، أو ينيب عنه شخصا آخر ، طبقا لقواعد التعاقد.

2 -القواعد المعدلة للتنظيم القضائي و قواعد الاختصاص

قد يتناول هذا التعديل ، إما القواعد المعدلة للتنظيم القضائي ، أو القواعد المنظمة لقواعد الإختصاص ، وذلك على التفصيل التالي:

أ - القواعد المعدلة للتنظيم القضائي

قد يتناول هذا التعديل القواعد المتعلقة بالتنظيم القضائي ، ويخضع هذا التعديل لمبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد ، فيطبق على كل القضايا التي لا تزال جارية ، وهذا ما تقضي به المادة 7 من القانون المدني ، على أن تطبق النصوص الجديد المتعلقة بالإجراءات حالا ، ومن ثم تسري القواعد المعدلة للتنظيم القضائي بأثر فوري على كل الدعاوى التي لم يفصل منها ، والتي رفعت قبل سريان القانون الجديد فإذا أنشأ التشريع محاكم جديدة ، فإنها تختص فورا بجميع الدعاوى القائمة أمام المحاكم الأخرى.

وقد تم إنشاء محاكم إدارية جديدة ، فإنه وبمجرد تنصيبها تصبح مختصة بجميع القضايا الجارية أمام الغرف الإدارية بالمجالس القضائية ، ويجب على الغرف الإدارية أن تحيل تلك القضايا الجارية أمامها ، حتى ولو تم حجزها للمداولة ، طبقا للأثر الفوري للقانون الجديد.

كذلك إذا ألغى تشريع جديد بعض المحاكم التي كانت قائمة ، فبمجرد سريان القانون الجديد ، تصبح هذه المحاكم ملغاة غير قائمة طبقا للأثر الفوري للقانون الجديد ، يجب إحالة جميع القضايا إلى الجهة القضائية المختصة ، كذلك إذا صدر قانون جديد يعدل من تشكيل المحكمة ، فإن هذا التعديل يطبق بأثر فوري.

ب - القواعد المعدلة لقواعد الإختصاص[1]

قد يتناول هذا التعديل قواعد الإختصاص ، وهي تشمل نوعين:

---

1 - تقسم قواعد الإختصاص ، إلى الإختصاص الولائي وهو يتعلق بتوزيع المنازعات على جهة القضاء الإداري و العادي والإختصاص النوعي ، وهو يتعلق بتوزيع المنازعات على طبقات الجهة القضائية الواحدة ، فتحدد قواعد الإختصاص النوعي ما تختص به كل من المحكمة ، وجهة الإستئناف والمحكمة العليا.
وتخضع كل من قواعد الاختصاص الولائي والإختصاص النوعي إلى نفس الحكم من حيث تنازع القوانين ، فإذا وقع تعديل فيهما ، فيسري بأثر فوري.

الأول: قواعد الإختصاص النوعي أو الولائي

فكل تعديل لقواعد الإختصاص النوعي أو الولائي ، يخضع للأثر الفوري للقانون الجديد ، فيجب على الجهة القضائية التي أصبحت غير مختصة نوعيا أو ولائيا أن تحيل القضية إلى الجهة القضائية التي أصبحت مختصة بها طبقا للقانون الجديد ، ويتعين على المحكمة أن تثير ذلك تلقائيا ، لأن قواعد الإختصاص النوعي أو الولائي تتعلق بالنظام العام.

وقد ادخل قانون رقم 50-23 المؤرخ في 1990/08/18 تعديلا جديدا على المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية القديم المتعلقة بالإختصاص النوعي.

وتبعا لذلك ، فقد تناول هذا التعديل للإختصاص النوعي للمحكمة العليا ، فقد كانت المحكمة العليا تختص بجميع دعاوى الإلغاء الموجهة ضد القرارات الإدارية ، سواء صدر هذا القرار من السلطة المركزية ، أو عن السلطة المحلية كالوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي ، أو عن رئيس المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية.

وبمقتضى هذا القانون ، فقد فتت – أي هذا لقانون – المنازعات المتعلقة بدعوى الإلغاء ووزعها على أكثر من جهة قضائية وأصبح الإختصاص النوعي يحدد حسب الجهة الإدارية المصدرة للقرار ، فإذا صدر القرار عن السلطة المركزية ، فيعود الإختصاص بالطعن في القرار إلى المحكمة العليا ، بحيث يرفع إليها وتفصل فيه بدرجة إبتدائية ونهائية ، أما إذا وجه الطعن ضد القرار الصادر عن الوالي ، فيجب أن يرفع الطعن إلى أحد المجالس الجهوية الخمسة المحددة قانونا.

أما إذا وجه طعن ضد قرار صادر عن رئيس المجلس الشعبي البلدي ، أو عن رئيس المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية ، فيرفع الطعن إلى أحد المجالس القضائية الفاصلة في المواد الإدارية.

وبعد سريان القانون الجديد إبتداءا من 1990/08/18 تصبح المحكمة العليا غير مختصة نوعيا بدعاوى الإلغاء الموجهة ضد القرارات الصادرة عن الوالي أو عن رئيس المجلس الشعبي البلدي أو عن رئيس المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية طبقا للأثر الفوري للقانون الجديد.

وتبعا لذلك ، فإن القضايا التي رفعت إلى المحكمة العليا قبل سريان القانون الجديد ، ولم يفصل فيها بعد سريانه ، فيجب على المحكمة العليا أن تحليل تلك القضايا إلى الجهات القضائية التي أصبحت مختصة[1] طبقا للأثر الفوري للقانون الجديد.

وكانت المادة 7 مكرر تستثني مجموعة من المنازعات من القاعدة العامة وتجعل الإختصاص بها يؤول إلى المحاكم العادية ، ومن هذه المنازعات تلك المتعلقة بالإيجارات الفلاحية أو المعدة للسكن أو لمزاولة المهنة والإيجارات التجارية ، وكذلك في المواد التجارية.

في حين أن المادة 802 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فلم تستثن من القاعدة العامة إلا منازعتين وهما مخالفات الطرق ، والدعاوى الخاصة بالمسؤولية الرامية إلى طلب تعويض عن الأضرار الناجمة عن مركبة تابعة للدولة أو البلدية إلخ.......

وأصبحت جميع المنازعات الأخرى تخضع لحكم القاعدة العامة.

وتبعا لذلك ، فإن المنازعات المتعلقة بالإيجارات وكذلك المنازعات المتعلقة بالمواد التجارية والجارية أمام المحاكم أو المجالس القضائية أو المحكمة العليا ، يجب أن تحال إلى جهة القضاء الإداري طبقا للأثر الفوري للقانون الجديد ، طبقا لما تنص عليه المادة 2 من قانون اللإجراءات المدنية والإدارية.

---

1 - إلا أن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا ، لم تلتزم بهذا المبدأ ، وواصلت الفصل في تلك القضايا بالرغم من أنها أصبحت غير مختصة ، طبقا للأثر الفوري للقانون الجديد.

أنظر القرارات التالية:

- رفعت دعوى الإلغاء ، ضد قرار الوالي بتاريخ 1990/03/28 أي قبل سريان القانون الجديد ، وقد تم الفصل فيها بموجب القرار المؤرخ في 1992/02/12 رقم 32701 عن الغرفة الإدارية ، القاضي برفض الطعن وذلك بعد سريان القانون الجديد.
- رفعت دعوى الإلغاء ، ضد قرار الوالي ، وتم تسجيل الدعوى يوم 1990/02/12 وذلك قبل صدور القانون الجديد ، وقد تم الفصل فيها بموجب القرار المؤرخ في 1992/04/15 رقم 81210 عن الغرفة الإدارية ، والقاضي بإبطال قرار الوالي وذلك بعد سريان القانون الجديد.

إن الغرفة الإدارية أصبحت غير مختصة بهذه المنازعات ، طبقا للأثر الفوري للقانون الجديد ، كان يجب عليها أن تحيل تلك القضايا إلى الجهة القضائية المختصة.

الثاني: قواعد الاختصاص المحلي

يخضع كل تعديل لقواعد الاختصاص الإقليمي أو المحلي ، للأثر الفوري للقانون الجديد ، فهو يطبق بأثر فوري على كل الدعاوى أمام المحاكم التي اصبحت غير مختصة ، وبما أن الاختصاص الإقليمي لا يتعلق بالنظام العام – ماعدا في الدعاوى الإدارية - وتبعا لذلك فإن القاضي لا يستطيع أن يثير عدم الاختصاص الإقليمي تلقائيا ، بل يجب على الخصم أن يتمسك بالدفع المتعلق بعدم الاختصاص الإقليمي ، قبل أي دفع أو دفاع في الموضوع ، وذلك بعد حضوره الجلسة الأولى بعد سريان القانون الجديد ، وإن سبق له أن تحكم في الموضوع في ظل القانون القديم ، لأن الحق في هذا الدفع لم ينشأ للخصم إلا بمقتضى القانون الجديد.

أما إذا حضر الخصم أمام المحكمة بعد سريان القانون الجديد ، وواصل الكلام والمرافعة ، ولم يدفع بعدم الاختصاص الإقليمي ، فيسقط حقه بعد ذلك في هذا الدفع.

3 - القواعد المعدلة لطرق الطعن

يجب التمييز بين القواعد المنظمة لإجراءات الطعن ، فكيفية رفع الطعن و الشروط الواجب توافرها في عريضة الطعن ، تخضع للأثر الفوري للقانون الجديد.

وبين القواعد التي تنشئ أو تلغي طريقا من طرق الطعن[1] ، فيجب أن نفرق في هذا الصدد بين ماذا استحدث القانون الجديد طريقا من طرق الطعن ، فإذا صدر حكم في ظل القانون القديم الذي يجعل هذا الحكم غير قابل لهذه الطريق التي استحدثها القانون الجديد ، فلا يعمل بهذه الطريق إلا ابتداءا من تاريخ العمل به ، كان يصدرحكم في ظل القانون القديم لا يجيز الطعن فيه بالإستئناف ، ثم يصدر بعد ذلك قانون جديد يجعل مثل هذا الحكم قابلا للطعن فيها بهذه الطريقة ، وبالتالي فلا تخضع له إلا الأحكام التي صدرت في ظله طبقا للأثر الفوري للقانون الجديد ، فيبقى هذا الحكم غير قابل للطعن فيه بالرغم من أن القانون الجديد يجيز الطعن فيه.

1 - ابراهيم نجيب سعد ، القانون القضائي الخاص ، ص 40.

وبين ما إن صدر حكم في ظل القانون القديم، حيث يسمح بالطعن في هذا الحكم، ثم يصدر قانون جديد يلغي هذه الطريق [1]، فهل يحق للخصم أن يطعن في هذا الحكم طبقا للقانون الذي صدر فيه، حيث يجعل الطعن فيه جائزا، أم يخضع هذا الحكم للأثر الفوري للقانون الجديد الذي يجعل الطعن فيه غير جائز، مما ينجر عنه عدم قبول الطعن فيه بهذه الطريق؟

لقد اختلف الرأي حول الإجابة عن هذا السؤال، فمن يرى:

إن مدى قابلية الحكم للطعن فيه، يخضع للقانون الذي نشأت فيه الخصومة باعتباره جزءا منها، وأن إخضاعه لقانون آخر يترتب عليه اعتباره جزءا مستقلا عنه.

في حين أن الرأي الراجح في الفقه يرى أن مدى قابلية الحكم للطعن فيه وصف يولد معه في ظل القانون القديم الذي صدر فيه ويظل ملازما له.

وطبقا لهذا الرأي، فإن الأحكام الصادرة بالتطليق في ظل القانون القديم، ولم يطعن فيها إلا بعد صدور القانون الجديد الذي جعلها غير قابلة للطعن فيها بالإستئناف، يجوز الطعن فيها بهذه الطريق، مادامت صدرت ابتدائية قابلة للطعن فيه بالإستئناف، تبقى خاضعة له، حتى ولو صدر قانون جديد يلغي هذه الطريق.

رغم قوة حجة هذا الرأي، إلا أننا نشك في سلامته في ظل القانون الجزائري، وذلك أنه وطبقا للقاعدة العامة المنصوص عليها بالمادة 7 من القانون المدني، التي تنص على أن النصوص المتعلقة بالإجراءات تطبق حالا، ومن ثم تبقى جميع القضايا الجارية والتي لم يفصل فيها، سواءا كانت جارية أمام المحكمة أو المجلس أو المحكمة العليا، تخضع للأثر الفوري للقانون الجديد وتبعا لذلك، فإن جميع القضايا الجارية أمام المجلس تخضع لهذه القاعدة، فتصبح نهائية، ومن ثم فإن القضايا المتعلقة بالطلاق التي مازال جارية بعد نفاذ القانون الجديد، تخضع للأثر الفوري للقانون الجديد، سواء تم الطعن في تلك الأحكام قبل صدور القانون الجديد ولم يفصل فيها بعد، أو تم الطعن فيها بعد نفاذ

1 - أنظر المادة 57 من قانون الأسرة، فقد ألغت طريق الاستئناف في أحكام الطلاق.
- المادة 21 من قانون 90-04 المؤرخ في 90/02/06 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، حيث ألغت طريق الاستئناف في الأحكام الصادرة بإلغاء العقوبات التأديبية التي قررها المستخدم ضد العامل.

القانون الجديد ، فجميعها تعتبر قضايا جارية أمام المجلس تخضع للأثر الفوري ، ولا يجوز الخروج على القاعدة العامة ، إلا بوجود نص خاص يسمح بذلك.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 7 من القانون المدني والمادة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، فلا نجد نصا خاصا يستثني القضايا الجارية أمام المجلس من الأثر الفوري ، ومن ثم فهي تخضع له.

وما يؤكد على هذا الإتجاه ، هو ما نص عليه المشرع المصري في المادة الأولى الفقرة الثالثة من قانون المرافعات المدنية والتجارية ، على أنه إذا صدر قانون يلغي طريقا من طرق الطعن كان موجودا ، أو ينشئ طريقا جديدا لم يكن موجودا ، فلا يسري هذا القانون إلا على الأحكام التي صدرت بعد العمل به ، أي تبقى الأحكام التي صدرت في ظل القانون القديم ، تخضع لهذا الأخير ، فإذا كانت تقبل الطعن فيها بالإستئناف ، وصدر قانون جديد يلغي هذه الطريق ، ومع ذلك تبقى خاضعة للطعن فيها بالإستئناف طبقا للقانون القديم الذي صدرت في ظله.

وتبعا لذلك ، فلا يوجد مثل هذا النص في القانون الجزائري ، الذي يقرر استثناء على القاعدة العامة المنصوص عليها بالمادة 7 من القانون المدني ، وبالتالي لا يمكن الخروج عن القاعدة العامة إلا بوجود إستثناء عليها.

4 - القواعد المعدلة لمواعيد الإجراءات

طبقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، فإن مواعيد الطعن لا تبدأ في السريان – كقاعدة عامة – إلا إبتداءا من تاريخ تبليغ الحكم أو القرار أو الأمر ، والمقصود بمواعيد أو آجال الإجراءات ، هو كل ميعاد للطعن أو السقوط ، أو ميعاد التكليف بالحضور ، أو بعبارة واحدة كل المواعيد المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ومن ثم يثار التساؤل عما إذا بدأ ميعاد من مواعيد الإجراءات في ظل القانون القديم ، وقبل تمامه صدر قانون جديد يعدل من هذا الميعاد بالزيادة أو النقصان ، فهل ينقضي هذا الميعاد طبقا للقانون الذي بدأ في ظله ، أم ينقضي طبقا لما يحدده القانون الجديد.

إن القاعدة العامة، تقرر أن القانون الجديد يخضع لأثره المباشر كل ميعاد ما يزال جاريا عند نفاذه، إذا الأمر هنا يتعلق بمركز قانوني ما يزال في طور التكون، فيخضع تمام هذا التكون للأثر الحال للقانون الجديد[1].

غير أن المشرع قد خرج عن حكم القاعدة العامة، واستثنى مواعيد الإجراءات من الأثر الفوري للقانون الجديد، وذلك طبقا لما تنص عليه المادة 7 من القانون المدني، والتي تنص على أن النصوص القديمة هي التي تسري على آجال الإجراءات، كما تؤكد على ذلك المادة 2 ق.أ.م.إ.

وتبعا لذلك، إذا بدأ ميعاد في ظل القانون القديم، فينقضي طبقا لهذا القانون، فإذا بلغ حكم غيابي وبدأ ميعاد المعارضة في ظل القانون القديم، وقبل تمامه صدر قانون جديد يعدل من هذا الميعاد من 10 أيام إلى شهر، فإن ميعاد المعارضة ينقضي حسب القانون القديم بانقضاء عشرة أيام، وهو الميعاد الذي يحدده القانون القديم. فمثلا إذا بلغ المحكوم عليه بالحكم الغيابي يوم 2009/04/20، فيكون آخر الميعادوهو يوم 2005/05/06، فإذا رفع المحكوم عليه المعارضة يوم 2009/05/07 تكون خارج الآجل القانوني حسب القانون القديم، ولا يطبق القانون الجديد.

وترتيبا على كل ما تقدم، فإن حل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان، سواءا تعلقت المسألة بالقواعد الموضوعية أو الإجرائية، يتوقف كل ذلك على معرفة كيفية تكون المركز القانوني وانقضائه، والآثار المترتبة عنه من جهة، وفهم وتحديد مضمون المبدأين وهما : مبدأ انعدام الأثر الرجعي للقانون الجديد، وأثره المباشر من جهة أخرى، إن حل هذه المسائل يسير في هذا النطاق، ولا يمكن الخروج عنه إلا حيث يوجد النص الخاص.

1 - أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 19.

ثامنا: خطة الدراسة

قد إنتهينا فيما سبق إلى تحديد مضمون هذه المادة ووجد أنها تتكون من ثلاثة محاور، المحور الأول يتضمن قواعد التنظيم القضائي، والمحور الثاني يتضمن قواعد الإختصاص، والمحور الثالث يتضمن قواعد الإجراءات بمعناها الفني.

وتبعا لذلك، سأتطرق في الكتاب الأول إلى دراسة المحور الثالث الذي يتضمن قواعد الإجراءات، أما في الكتاب الثاني سأتناول المحور الأول والثاني الذي يتناول قواعد التنظيم القضائي وقواعد الإختصاص.

وتبعا لذلك سأقسم الكتاب الأول إلى بابين، فيتناول الباب الأول موضوع حماية الحق والمركز القانوني، وفيه يتم التطرق إلى الدعوى القضائية وخصائصها ومميزاتها وشروط قبولها وتقسيماتها المختلفة، وأخيرا يتم التطرق إلى العمل القضائي والولائي.

أما الباب الثاني فيتناول وسيلة استعمال الحق في الدعوى أي الطلب القضائي، ثم التطرق إلى آثاره والى عوارض الخصومة، وأخيرا إلى الأحكام القضائية.

ومن ثمة، سيتم التطرق إلى هذه الموضوعات على الوجه التالي:

الباب الأول
الدعوى القضائية
"وسيلة حماية الحق أو المركز القانوني"

تمهيد وتقسيم

كانت القوة في المجتمعات البدائية وسيلة حماية الحقوق، فكانت أساس وجودها، ولما تطورت الجماعة الإنسانية – وظهرت الدولة بالمفهوم الحديث – فإن أول عمل قامت به و منعت الفرد أن يقتضي حقه بيده، واستعاضت عن القوة المادية بفكرة الدعوى.

وبذلك تعد الدعوى القضائية ، من الإنجازات الكبرى في تاريخ البشرية ، وهي بذلك أصبحت تشكل نقطة تحول في تاريخ الإنسان ، وانتقل عبرها المجتمع الذي كان قائما على شريعة الغاب ، إلى مجتمع متمدن ، بواسطتها أنهى حالة الفوضى ، وأصبحت –تبعا لذلك– الدولة تكفل لكل فرد حقا للذود عن حقه المعتدى عليه عن طريق الدعوى القضائية.

وتعتبر الدعوى القضائية –بالرغم من أهميتها– من الأفكار القانونية التي لا تزال يكتنفها كثيرا من الغموض ، ولم تحظ –بالعناية الكافية– من قبل الفقه الإجرائي بالتأصيل النظري ، ولا تزال فكرة محل خلاف شديد بين الفقهاء.

وتبعا لذلك سأتطرق لدراسة الدعوى القضائية ، مبرزا الإتجاهات الفقهية المختلفة التي تطرقت إلى دراستها ، محاولا تعريفها ، وتحديد خصائصها وتمييزها عن غيرها من الأفكار الأخرى ، وشروط قبولها ، وسماتها وأنواعها المختلفة ، وأنواع الأعمال القضائية التي تعد محل هذه الدعوى ، وتميز الأعمال القضائية عن الأعمال القانونية التي يضطلع بها القاضي ، ذلك أن القاضي إلى جانب القيام بوظيفته القضائية ، فإنه يقوم بالأعمال لا تدخل في هذه الوظيفة ذلك أن الحماية القضائية قد تمنح بواسطة الدعوى ، وقد تمنح بواسطة العريضة.

وتبعا لذلك ، سأقسم هذا الباب إلى الفصول التالية

الفصل الأول: في الدعوى القضائية وخصائصها ومميزاتها.

الفصل الثاني: في شروط قبول الدعوى.

الفصل الثالث: في تقسيم الدعاوى.

الفصل الرابع: في العمل القضائي.

وإلى تفصيل هذه المسائل كمايلي:

الفصل الأول
في الدعوى القضائية وخصائصها ومميزاتها

تمهيد وتقسيم

إن الدعوى القضائية، هي من الأفكار التي اشتد الخلاف حول تعريفها وتحديد خصائصها ومميزاتها عن غيرها من النظم القانونية الأخرى. وتعد الدعوى القضائية بمثابة العمود الفقري بالنسبة لقانون الاجراءات المدنية والإدارية.

وتبعا لذلك، سأتناول هذا الموضوع بتقسيمه إلى ثلاثة مباحث. أتناول في المبحث الأول التعريف بالدعوى القضائية، وفي المبحث الثاني أتناول خصائصها، وفي المبحث الثالث مميزاتها.

والى تفصيل ذلك:

المبحث الأول
في التعريف بالدعوى القضائية

لقد اختلف الفقه اختلافا كبيرا، حول تعريف الدعوى القضائية وتحديد ماهيتها. ومحور هذا الخلاف يدور حول تحديد العلاقة بين الحق في الدعوى والحق الموضوعي الذي تحميه. ويمكن حصر تلك الاتجاهات في اتجاهين رئسيين، احدهما يقيم الوحدة الكاملة بين الدعوى والحق الموضوعي. وانطلاقا من ذلك يقوم بتعريف الدعوى. والآخر يقيم فاصلا بين الحق في الدعوى والحق الموضوعي الذي تحميه.

وتبعا لذلك سأتناول هذين الاتجاهين، فيما يلي:

أولا: الاتجاه الموحد

وتتزعم هذا الاتجاه المدرسة التقليدية ، حيث ترى أن الدعوى والحق الموضوعي هما شيء واحد ، فهما يشكلان وحدة واحدة لاانفصال بينهما ، و الدعوى ليست إلا مظهرا من مظاهر الحق ، حيث يظل الحق ساكنا ، فإذا وقع اعتداء عليه ، تحرك للدفاع عن نفسه ويسمى في هذه الحالة بالدعوى[1].

إذن الدعوى – في تصور هذا الاتجاه - عبارة عن حق في حالة الحركة ، فهو يبقى ساكنا إذا لم ينازع فيه أحد ويتحرك إذا ما وقع اعتداء عليه ، وطبقا لهذا النظر ، يمثل الحق الموضوعي حالة قانونية ساكنة ، في حين أن الدعوى تمثل الحالة القانونية نفسها في حالة الحركة[2] ، او قل إن شئت ، فالحق الموضوعي يمثل الثعبان في حالة سكونه ، أثناء الطقس البارد ، فإذا تعرض إلى أشعة الشمس تراه متحركا نحو اتجاه معين ، وهي نفس الحالة التي يكون عليها الحق الموضوعي ، عندما يتعرض إلى اعتداء ، فتراه متحركا نحو القضاء ، والثعبان هو نفسه ، سواء كان ساكنا أو متحركا. وهي نفس الحالة التي يكون عليها الحق ، فهو لا يختلف عن الثعبان في سكونه وحركته.

ويؤكد أنصار هذا الاتجاه ، على أن كلا من الحق الموضوعي والحق في الدعوى يوجدان معا ، ويبقى أحدهما مابقي الآخر ، فإذا زال احدهما أدى ذلك إلى زوال الآخر.

ولا يختلف موضوع الدعوى ، عن موضوع الحق الموضوعي ، وتتصف الدعوى بنفس أوصاف الحق الموضوعي ، فهي مثله فإذا كان الحق عينيا أو شخصيا ، فالدعوى التي تحميه تكون عينية أو شخصية[3].

في حين أن البعض الآخر ، قد ذهب إلى القول أن الدعوى ليست بذات الحق الموضوعي الذي تحميه ، ولكنها غير مستقلة عنه ، فلا توجد بغيره أو يوجد بغيرها ، وإنما

---

1 - أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 98.
- وجدي راغب فهمي ، مبادئ القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط 3 ، ص 99.
- نبيل إسماعيل عمر ، الطعن بالاستئناف وإجراءاته ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ص 194.
- أحمد أبو الوفا ، نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، دار المعارف ط 4 سنة 1967 ، ص 68 ، 780.

2 - وجدي راغب فهمي ، المرجع السابق ، ص 99.

3 - أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، المرافعات ، ص 101.

تعد جزءا لا يتجزأ من الحق الموضوعي ، ولا يكتمل وجوده إلا إذا كان لصاحبه وسيلة تمكنه من الالتجاء إلى القضاء للذود عنه[1].

وتبعا لذلك ، فلا توجد الدعوى دون أن تستند إلى الحق الموضوعي ، ولا يوجد الحق الموضوعي دون أن يستند إلى الدعوى ، وأن لكل حق دعوى واحدة تحميه[2].

فإذا تعددت الدعاوى بصدد واقعة قانونية معينة ، لأن هذه الواقعة تنشئ من الدعاوى بقدر الحقوق المتعلقة بها ، فمالك العقار إذا تم الإعتداء على حقه كان على الخيار بين أن يرفع دعوى الحيازة أو دعوى الملكية ، أو دعوى التعويض عن الضرر الذي لحق به[3]

ولقد تعرض هذا الاتجاه الذي يوحد بين الحق الموضوعي والحق في الدعوى إلى نقد ، ويتركز هذا النقد إلى كون هذا الاتجاه يخلط بين الحماية القانونية التي تعتبر عنصرا من العناصر المكونة للحق ، وبين الحماية القضائية التي توجد مستقلة عنه[4].

إن هذا الاتجاه - و كما قيل- لم يحاول تحديد الوسيلة الفنية التي مكنته من القول بفكرة التوحيد بين الحقين ، ذلك أن الدعوى والحق الموضوعي الذي تحميه يختلفان من حيث السبب و المضمون فكان على أصحاب هذا الرأي أن يقوموا بتوحيد بين الحقين من حيث السبب والمضمون كل من الحق في الدعوى والحق الموضوعي ، فإن استقام لهم ذلك ، أمكن لهم القول بوحدة الفكرتين[5].

فسبب الحق الموضوعي ، قد يكون تصرفا قانونيا ، أو واقعة قانونية ، في حين أن سبب الدعوى هو النزاع الواقع على الحق أو المركز القانوني[6].

أما من حيث مضمون الحق الموضوعي فهو يختلف باختلاف نوعه ، فالحق الشخصي يخول لصاحبه الحصول على الأداء ، بينما الحق العيني يخول لصاحبه حق الإستعمال

1- أحمد أبو الوفا ، نفس المرجع ، ص 102.
2 - أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، الدفوع ، ص 784.
3 - أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، الدفوع ، ص 117.
4 - نبيل إسماعيل عمر ، الطعن بالاستئناف ، ص 196.
5 - نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 197.
6 - أحمد أبو الوفا ، المرافعات ، المرجع السابق ، ص 116.
- نبيل إسماعيل عمر ، الطعن بالاستئناف ، ص 196.

والإستغلال والتصرف فيه .أما مضمون الحق في الدعوى فهو واحد . يخول لصاحبه الحق في الحصول على الحكم في الدعوى[1].

وبذلك لا يمكن الوصول إلى القول بوحدة الفكرتين نظرا لاختلافهما من حيث السبب والمضمون . كما أنه لا يوجد التلازم بين الحق الموضوعي والحق في الدعوى . إذ يمكن أن يوجد أحدهما دون الآخر . فالحق الموضوعي يوجد بغير دعوى وذلك قبل وقوع الإعتداء عليه . وقد توجد دعوى بغيرأن تستند إلى الحق الموضوعي . مثل دعوى الحيازة . والدعوى المستعجلة[2].

ويتبين مما تقدم . اختلاف الدعوى القضائية عن الحق الموضوعي . من حيث السبب والمضمون . كما أنه لا يوجد التلازم بينهما . إذ يمكن أن يوجد أحدهما بغير الآخر.

ونظرا للإنتقادات الموجهة لهذا الإتجاه الذي يوحد بين الحق في الدعوى . والحق الموضوعي . ظهر اتجاه معاكس . وهو الإتجاه القائم على الفكرة الثنائية . وهي المسألة التي أتعرض إليها فيما يلي:

ثانيا: الاتجاه المزدوج

ظهر اتجاه – يشكل المدرسة الحديثة – في الفقه كرد فعل للاتجاه السابق الموحد بين الدعوى القضائية والحق الموضوعي الذي يحميه . وهو ما يمكن تسميته بالاتجاه المزدوج . حيث ينظر إلى الدعوى كفكرة مستقلة عن الحق الموضوعي الذي تحميه.

غيرأنه وقع خلاف حول مدى علاقة الدعوى بالحق الموضوعي الذي تحميه . فذهب البعض إلى إقامة همزة وصل بين الدعوى القضائية والحق الموضوعي . فيما البعض الآخر ينظر إلى الدعوى كفكرة مستقلة لا تربطه بالحق الموضوعي بأية علاقة[3].

وتبعا لذلك . أستعرض الاتجاهات الفقهية الحديثة حول تعريف الدعوى وذلك على الوجه التالي:

1- أحمد أبو الوفا . الدفوع . المرجع السابق . ص 784.

2 - أحمد أبو الوفا . المرافعات . المرجع السابق . ص 102.

3 - وجدي راغب . مبادئ الخصومة . المرجع السابق . ص 113.

1. الدعوى القضائية هي المطالبة القضائية ، أي الالتجاء إلى القضاء فعلا للحصول على حكم بأمر ما

يعرف هذا الاتجاه الدعوى على أنها المطالبة القضائية[1] ، ويوضح أصحاب هذا الرأي أن مفهوم الدعوى في قانون الاجراءات المدنية ، يختلف عنه في القانون المدني.

فيقصد بالدعوى في القانون المدني ، الحماية القضائية للحقوق ، في حين يقصد بها في قانون الاجراءات المدنية التقدم بالفعل إلى القضاء بطلب ما ، ولا تتجلى الصلة القائمة بين الحق في الدعوى والحق الموضوعي ، إلا بعد الحكم فيها ، فإذا كان صاحب الحق محقاً حكم له ، أما إذا كان غير محق حكم برفض طلبه[2].

غير أن هذا الرأي منتقد من عدة أوجه فقد قيل أنه لا يمكن معرفة ما إذا كان المدعي هو صاحب الحق في الدعوى أم لا، إلا بعد الحكم فيها ، أي بعد انقضاء الحق في الدعوى ، في حين أن طبيعة الأمور تتطلب أن يعرف الشخص مسبقا ما إذا كان هو صاحب الحق في الدعوى من عدمه قبل انقضائه[3].

وأهم نقد موجه إلى هذه النظرية ، أنها تخلط بين الحق في الدعوى وبين أداة استخدامها ، وهو الطلب القضائي ، مع أن فكرة الطلب القضائي مستقلة عن فكرة الدعوى.

ويعرف الطلب القضائي ، على أنه الأداة الاجرائية التي تحمل الادعاء أمام القضاء استعمالا للحق في الدعوى[4].

---

1 - وجدي راغب فهمي ،مبادئ الخصومة ، المرجع السابق ، ص 113.

2 - أحمد مسلم ، أصول المرفعات ، سنة 1977 ، ص 309.

3 - أحمد مسلم ، نفس المرجع ، ص 30.

4 - نبيل إسماعيل عمر ، الطعن بالاستئناف ، المرجع السابق ، ص 197.

وتبعا لذلك يختلف الطلب القضائي – باعتباره أداة استعمال الحق في الدعوى – عن الدعوى القضائية ، ويتجلى هذا الاختلاف من كون الدعوى واحدة من الحقوق الارادية[1] التي تنشأ لصاحبها في حالة تعرض حقه الموضوعي للاعتداء.

في حين الطلب القضائي ، ليس إلا أداة من أدوات استعمال الحق في الدعوى ، وهو يتكون من العنصرين: العنصر المادي ويقصد به الادعاء بحق معين ، والعنصر الشكلي ويقصد به أن يستعمل الحق في الدعوى طبقا للوسيلة التي يحددها قانون الإجراءات المدنية[2].

ومن ثمة قد توجد علاقة بين الدعوى والادعاء ، إذا كان هذا الأخير على أساس ، فيكون بذلك المدعي قد باشر حقه في الدعوى ، أما إذا كان الادعاء على غير أساس ، فيكون المدعي قد باشر حقه في الالتجاء إلى القضاء ، إذا استوفى الطلب القضائي لعنصره الشكلي.

أما إذا توافر العنصر المادي ، وتخلف العنصر الشكلي فيترتب عليه بطلان الاجراءات ، لأن العمل الاجرائي جاء مخالفا للشكل الذي يحدده القانون ، ومع ذلك يبقى الحق في الدعوى قائما[3] يمكن رفع الدعوى من جديد بعد تصحيح العنصر الشكلي.

ويترتب أيضا على تخلف العنصر المادي وتوافر العنصر الشكلي أن تنتهي الدعوى إلى رفضها ، لأن الإدعاء جاء على غير أساس.

وتوجد الدعوى القضائية في عالم القانون ، قبل استخدامها بواسطة الطلب القضائي ، فتاريخ ميلاد الحق في الدعوى ، يبدأ من تاريخ وقوع الإعتداء على الحق أو المركز القانوني ، في حين أن المطالبة القضائية تبدأ من تاريخ إيداع الطلب القضائي لدى ، أمانة ضبط المحكمة الذي تتولد عنه الخصومة القضائية.

وتبعا لذلك ، توجد الدعوى مستقلة عن أداة استخداهما ، ولو أنني وضعت هذه الفكرة أي الطلب القضائي بصورة استعيرها لقلت: أن الطلب القضائي هو عبارة عن

1 - نبيل إسماعيل عمر ، نفس المرجع ، ص 212.
2 - إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 136.
3 - إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 136.

العربة التي تحمل الدعوى القضائية إلى محراب القضاء ، وبذلك يمكن تصور وجود الدعوى دون أن توجد العربة التي تحملها إلى ساحة القضاء.

ويمكن أن توجد هذه العربة دون أن توجد الدعوى ، وفي هذه الحالة لا تحمل العربة الدعوى إلى ساحة القضاء ، وفي هذه الصورة لا يستعمل الشخص حقه في الدعوى ، وإنما يستعمل حقا آخر وهو حق الإلتجاء إلى القضاء.

وتبعا لذلك ، فإن زوال أداة استعمال الحق في الدعوى أي زوال العربة الفنية بمعنى آخر إذا تخلف العنصر الشكلي ، لا يؤدي إلى زوال الحق في الدعوى ، بل قد تحيا بعد زوال الطلب القضائي [1].

ويستخلص من كل ذلك ، فإن تعريف الدعوى القضائية ، بأداة استخدامها ، هو تعريف يجانبه الصواب ، ويفتقد إلى الدقة العلمية ، وإلى التأصيل العلمي الصحيح.

ولذلك حاول جانب من الفقه أن يقترح تعريفا آخر للدعوى على النحو التالي:

2 - الدعوى عبارة عن ادعاء قانوني لدى القضاء

ويعرف الادعاء القانوني على أنه عبارة عن تأكيد شخص لحقه أو مركزه القانوني ، قبل شخص آخر بناء على واقعة أساسية معينة [2].

ويرى هذا الاتجاه ، أن أصل الادعاء هو عبارة عن رأي قانوني يتمسك به الشخص ، يتعارض مع ظاهرة واقعية غير أن قانون الاجراءات المدنية ، يعتبر ذلك مجرد ادعاء يحتمل الصواب أو الخطأ [3].

ويؤكد أصحاب هذا الرأي أن مفهوم الدعوى في قانون الإجراءات المدنية ، ليس إلا مجرد ادعاء أمام القضاء في حين أن الدعوى في نطاق القانون المدني ليست ، إلا وسيلة يستخدمها صاحب الحق الموضوعي لحماية حقه وهذا ليس هو المقصود في قانون

1 - نبيل إسماعيل عمر ، الطعن بالاستئناف ، المرجع السابق ، ص 200.

2 - وجدي راغب فهمي ، المرجع السابق ، ص 103.

- نبيل إسماعيل عمر ، الطعن بالاستئناف ، ص 201.

3 - وجدي راغب فهمي ، المرجع السابق ، ص 90.

الإجراءات ، فالدعوى فيه هي محل القضاء الموضوعي[1] ، فهي محل بحث وتحقيق يؤكد القاضي في نهاية إلى تأكيد الحق أو ينفيه ، بمعنى آخرأن من يستخدم الدعوى قد يكون صاحب حق وقد لا يكون ، ولا يمكن التحقق من ذلك إلا بعد مباشرة الدعوى أمام القضاء والتحقيق والحكم فيها.

وهذا ما يؤكد عليه أصحاب هذا الرأي أن الدعوى القضائية ليست إلا مجرد ادعاء قانوني أمام القضاء[2].

فإذا كان هذا الاتجاه قد خطا خطوة نحو الأمام ، وذلك عندما توصل إلى الفصل بين الحق في الدعوى والحق الموضوعي ، ومع ذلك لم يسلم من النقد ، وذلك عندما ذهب إلى تعريف الدعوى القضائية ، بأحد عناصر أداة استخدامها وهو الادعاء ، فالادعاء في الحقيقة يعد أحد عناصر الطلب القضائي ، كذلك فإن هذا الرأي يعلق وجود الحق في الدعوى على الحكم فيها أي بعد انقضائها ، وذلك مايؤكد أنه لا يمكن التحقق ما إذا كان الشخص هو صاحب الحق في الدعوى ، إلا بعد الحكم في موضوعها ، بينما طبيعة الأمور تقتضي أن يعرف الشخص ما إذا كان هو صاحب الحق أم لا قبل انقضاء الحق في الدعوى[3].

وتبعا لتلك الانتقادات ، اتجه البعض من الفقه إلى تعريف الدعوى على النحو التالي:

3 - الدعوى هي الحق في الحصول على الحماية القضائية

ويرى هذا الاتجاه أن الحق في الدعوى "هو حق شخصي في مواجهة شخص آخر مضمونة الحصول على تطبيق القانون ، في حالة محددة ، ومنح المدعي حماية قضائية معينة[4] ".

1 - وجدي راغب فهمي ، المرجع السابق ، ص 104.

2 - وجدي راغب فهمي ، مبادئ الخصومة ، ص 104.

3 - نبيل إسماعيل عمر ، الطعن بالاستئناف ، المرجع السابق ، ص 202.

4 - فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، ص 44.

ويؤكد هذا الاتجاه ، أن هذه الفكرة هي وحدها التي تتفق مع مركز الدعوى باعتبرها وسيلة الحماية القضائية ، لأن الشخص أصبح محظورا عليه أن يقتضي حقه بنفسه ، وفي مقابل ذلك منحت له وسيلة لحماية حقه في حالة الاعتداء عليه[1].

وتأكيدا لما ذهب إليه هذا الرأي من أن الدعوى كوسيلة لمنح الحماية القضائية للحق أو المركز القانوني ، هو وحده الذي يحقق الصلة بين الدعوى والحق الموضوعي[2].

ونرى أنه من ايجابيات هذا الاتجاه ، أنه يقيم همزة وصل بين الحق في الدعوى والحق الموضوعي ، هذه الصلة هي التي تسمح بالتمييز بين الحق الموضوعي وحق الالتجاء إلى القضاء ، وأن الإبقاء على صلة وصل بين الحق الموضوعي والحق في الدعوى ، - على خلاف الاتجاهات المجردة التي تقطع الصلة بين الحقين- هو وحده الذي يحدد وظيفة الدعوى، باعتبارها وسيلة حماية الحق الموضوعي في حالة وقوع الإعتداء عليه .

غير أن هذا الإتجاه لم يسلم هو الآخر من نقد ، وذلك عندما يعلق وجود الحق في الدعوى نتيجة الحكم فيها ، فطوال المدة التي تستغرقها إجراءات الخصومة ، لا يمكن التحقق من وجود الحق في الدعوى إلا بعد الحكم فيها ، في حين أن طبيعة الأمور تقتضي أن يعرف الشخص ما إذا كان هو صاحب الحق من عدمه ، قبل انقضاء هذا الحق.

إن تعريف مفهوم ما بغايته ، لا يؤدي إلى الكشف عن طبيعته ، مما يستحيل معه معرفة خصائصه الذاتية ونظامه القانوني الذي يخضع له.

وقد حاول أحد الإتجاهات الفقهية تعريف الدعوى القضائية على النحو التالي:

4 - الدعوى هي حق من الحقوق الاجرائية

هذا الإتجاه يعرف الدعوى على أنها حق من الحقوق الإجرائية ، ويعرف الحق الإجرائي على أنه « عبارة عن سلطة أو مكنة أو مزية يمنحها القانون بطريق مباشر أو غير مباشر

---

1 - فتحي والي ، نفس المرجع ، ص 44.

2 - فتحي والي ، نفس المرجع ، ص 45.

لشخص معين لحماية حقه أو الحفاظ عليه ، هذا الحق يجب استعماله وفق الشكل الذي يحدده القانون [1]".

ويؤكد أن الحق في الدعوى ، هو من الحقوق الإجرائية ، يجد مصدره في قانون الإجراءات المدنية [2].

وإن كان هذا الاتجاه يتسم بالجدة ، وهو يندرج ضمن الاتجاهات الفقهية الحديثة ، التي ترى أن الدعوى القضائية مستقلة عن الحق الموضوعي الذي تحميه ، وهذا ما أصبح يصطلح عليه بالاتجاهات الإجرائية المجردة [3] ، هذا النظر يبحث في طبيعة الدعوى القضائية ومكوناتها الأساسية دون أن يربط ذلك بالحق الموضوعي [4].

غير أنه يؤخذ على هذا الاتجاه ، وذلك عندما ذهب إلى التأكيد على أن مصدر الحق في الدعوى هو مجموعة القواعد القانونية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

إذا وحسب هذا الري فإن سبب الدعوى أي سبب الطلب القضائي هو مجموعة القواعد القانونية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وتبعا لذلك ، أصبح هذا الاتجاه ، يقيم فكرة السبب على الفكرة القانونية أي على القواعد القانونية [5] ، بصرف النظر عما إذا كانت هذه القواعد القانونية قواعد إجرائية أم موضوعية ، فلا يغير من طبيعة سبب الطلب القضائي.

إن هذا النظر الذي يعتبر مصدر الحق في الدعوى هو قانون الإجراءات المدنية ، فهو لا يخرج عن الاتجاه الفقهي الذي يقيم سبب الدعوى على الفكرة القانونية ، وهو الاتجاه الذي يعارضه نفس الفقيه معارضة شديدة [6] ، ويرى أن سبب الدعوى هو مجموعة الوقائع

---

1 - نبيل إسماعيل عمر ، قانون أصول المحاكمات المدنية ، الدار الجامعية ، سنة 1996 ، ص 195.
2 - نبيل إسماعيل عمر ، أصول ، المرجع السابق ، ص 196.
3 - وجدي راغب فهمي ، المرجع السابق ، ص 113.
4 - نبيل إسماعيل عمر ، الطعن بالاستئناف ، المرجع السابق ، ص 215.
5 - نبيل إسماعيل عمر ، سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف ، دار المطبوعات الجامعية ، القاهرة ، سنة 1978 ، ص 45.
6 - نبيل إسماعيل عمر ، سبب الطلب ، المرجع السابق ، ص 46.

المولدة للحق المطالب به[1]. ومن ثمة فإن هذا الفقيه أصبح يؤيد ما كان يعارضه عندما يعتبر قانون الإجراءات المدنية والإدارية هو مصدر الحق في الدعوى.

فيتبين من البحث والتحليل، أن الحق الموضوعي يحيا في عالم القانون وهو يتمتع بالحماية الذاتية يستمدها من جهاز المناعة المركب فيه والمتمثل في الحماية القانونية، وفي هذه المرحلة من حياة الحق الموضوعي- وقبل وقوع الاعتداء عليه - فلا يحتاج إلى الحماية القضائية، أما إذا ما وقع عليه اعتداء تحرك جهاز المناعة وأفرز حقا آخر له وظيفة حماية الحق المعتدى عليه، وفي هذه الظروف يصبح الحق الموضوعي في حاجة إلى الحماية القضائية والتي يحصل عليها عن طريق الدعوى القضائية.

وتبعا لذلك فإن مصدر الحق في الدعوى هي مجموعة الوقائع المولودة للحق المطالب به أمام القضاء، أي مجموعة الوقائع التي تشكل الاعتداء[2] على الحق الموضوعي المطالب بإفادته بالحماية القضائية، فإن المدعي عندما يرفع الدعوى أمام القضاء، فيدعي بحق كان يزعم أن المدعي عليه قد اعتدى على حقه، طالبا إفادته بالحماية القضائية، هذا بعد أن تطرقت إلى تعريفات الفقهية للدعوى، وانتقل إلى تعريف تشريعي للدعوى فيما يلي:

ثالثا: تعريف تشريعي للدعوى

لم يشأ المشرع الفرنسي عند وضعه مجموعة الإجراءات لسنة 1806 أن يتطرق إلى تعريف الدعوى القضائية، ظنا منه أن هذه المسائل يغلب عليها الطابع الفقهي، ومن ثم جاءت هذه المجموعة خالية من أي تعريف، ومن بعده قانون الإجراءات المدنية الجزائري، نسجا على منوال القانون الفرنسي.

غير أن المشرع الفرنسي قد تراجع عن هذا الموقف، وأخذ على عاتقه تعريف الدعوى القضائية، فقد تطرق إلى تعريفها في المادة 30 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، حيث جاء فيها مايلي:

---

1 - نبيل إسماعيل عمر، نفس المرجع، ص 180.

2 - فتحي والي، الوسيط، المرجع السابق، ص 40.

" فالدعوى هي حق مقدم الإدعاء في أن يسمع إدعاؤه من حيث الموضوع ، لكي يتمكن القاضي من تحديد ما إذا كان هذا الإدعاء مؤسس أو غير مؤسس.

وبالنسبة للخصم ، فالدعوى هي حق في مناقشة أساس الإدعاء "

إذن مقدم الإدعاء قد يكون هو المدعي في مواجهة المدعى عليه أو مدخل أو متدخل، إذن هو يشمل جميع الخصوم الذين يمكن تصور وجودهم على صعيد الخصومة القضائية.

ومع ذلك ، فقد وجه نقد لهذا التعريف وذلك عندما اعتبر الدعوى حقا ، ومن أجل ذلك ستثور الصعوبة في تحديد أطراف رابطة هذا الحق [1]

في حين نجد المشرع الجزائري ، قد حذا حذو المشرع الفرنسي ، وتطرق إلى تعريف الدعوى القضائية في المادة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، حيث جاء فيها مايلي:

« يجوز لكل شخص يدعي حقا ، رفع الدعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق وحمايته »

إذن يعرف هذا النص الدعوى القضائية بأنها عبارة عن إدعاء بحق أمام القضاء ، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد تبنى أحد الإتجاهات الفقهية التي تعرف الدعوى باعتبارها إدعاء بحق أمام القضاء.

وقد وجهت لهذا الإتجاه انتقادات على أساس أن تعريف الدعوى القضائية بأنها عبارة عن الإدعاء بحق أمام القضاء ، فيخلط بين فكرة الدعوى ذاتها وإدارة استخدامها ، كما بينا فيما سبق ، فالإدعاء يشكل مضمون الطلب القضائي ، ويعد هذا الأخير الأداة الفنية لاستخدام الحق في الدعوى.

وهناك فارق بين الحق في الدعوى والإدعاء أمام القضاء ، ذلك أن الحق الموضوعي وقبل وقوع الإعتداء عليه ، فهو لا يستند إلى أية دعوى ، ولا يحتاج إليها ، لأنه يتمتع

1 - نبيل إسماعيل عمر ، الطعن بالاستئناف ، المرجع السابق ، ص 210.

بالحماية القانونية ، أما في حالة تعرضه للإعتداء ، فيتحرك عنصر الحماية القانونية ، ويتولد عنه حق آخر يسمى بالحق في الدعوى.

وتبعا لذلك ، يكون صاحب الحق في الدعوى حرا في استعمال حقه في الدعوى أمام القضاء ، فإذا قرر استعمال حقه في الدعوى ، فيجب أن يستعمل حقه بواسطة الأداة الفنية تسمى بالطلب القضائي ، والطلب القضائي يتكون من عنصرين ، عنصر الإدعاء القانوني بحق ، والعنصر الشكل ، كما سبقت الاشارة إلى ذلك.

إذن الإدعاء بحق أمام القضاء هو أحد عناصر الطلب القضائي ، وتعريف الدعوى بأحد عناصر أداة استخدام الحق في الدعوى ، فهو تعريف يجانبه الصواب ، ويجب ان ينطلق من مكنوناتها الأساسية ، وهذا ما سأتطرق إليه فيما يلي:

رابعا: رأينا الخاص في تعريف الدعوى القضائية (الحق في الدعوى من الحقوق الإرادية)

يمكن تعريف الدعوى القضائية على النحو التالي:

"الحق في الدعوى هو من الحقوق الإرادية[1] الذي ينشأ جراء الإعتداء على الحق أو المركز القانوني يخول لصاحبه الحق في الحصول على الحماية القضائية"

هذا التعريف يحدد طبيعة الحق في الدعوى ، وبذلك فهو يكشف عن طبيعته –كونه من الحقوق الإرادية – مما يؤدي إلى معرفة نظامه القانوني ، وما يترتب عن استعمال هذا الحق من الآثار القانونية ، كما يبين مصدره المباشر الذي يتمثل في الإعتداء على الحق أو المركز القانوني.

والحق الموضوعي – كما رأينا سابقا – يتكون من عنصرين ، عنصر المنفعة ، وعنصر الحماية القانونية ، فالعنصر الأخير هو مصدر غير مباشر للحق في الدعوى ، وهذا ما يفسر العلاقة غير المباشرة بين الحق في الدعوى والحق الموضوعي.

---

1 - نبيل إسماعيل عمر ، الطعن بالاستئناف ، المرجع السابق ، ص 226، 212.
- عمر زودة: طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها ، دار النشر اسكلوبيديا ، الجزائر العاصمة ، نسخة 2003 ص 104.

فإذا وقع اعتداء على الحق الموضوعي الذي سقطت عنه الحماية القانونية ، فهذا الإعتداء لا يؤدي إلى نشأة الحق في الدعوى ، لأن عنصر الحماية القانونية الذي يعد أحد عناصر الحق الموضوعي ، قد سقط عنه ، وهو أساس غير مباشر للحق في الدعوى ومن ثم تنتهي الدعوى إلى الحكم بعدم قبولها لانتفاء المصلحة القانونية.

إذن توجد علاقة غير مباشرة بين الحق في الدعوى والحق الموضوعي ، هذه العلاقة هي التي تجسد المصلحة القانونية في الدعوى.

وبذلك يجب النظر الى المصلحة في الدعوى بصفة مجردة ، ماإذا كان نوع هذا الحق ، وعلى فرض أنه موجود ، فهل يتمتع بالحماية القانونية أم لا؟

فإذا رفع شخص الدعوى المديونية أمام القضاء ، فينظر ما إذا كان الإلتزام التزاما مدنيا أم التزاما ناشئا عن علاقة غير قانونية كمن يطالب بدين ناشئ عن القمار أو عن الفوائد الربوية ، فإذا وجد أنه التزام مدني ، انتقل القاضي إلى فحص موضوع الدعوى ، فإذا استطاع الدائن أن يثبت علاقة المديونية حكم له بما يدعيه ، أما إذا فشل عن ذلك ، حكم برفض دعواه.

أما إذا وجد أن ما يدعيه المدعي هو دين ناشئ على القمار أو عن الفوائد الربوية ، فيقضي في الدعوى بعدم القبول ، دون أن يتطرق إلى بحث موضوع الدعوى[1].

إذن الحق في الدعوى ، يخول لصاحبه الحصول على الحماية القضائية أي على الحكم القضائي ، وسواء انتهى هذا الحكم إلى نتيجة إيجابية أو سلبية.

وبذلك يتميز الحق الموضوعي عن الحق في الدعوى ، غير أن الحق في الدعوى يرتبط بعلاقة غير مباشرة بالحق الموضوعي ، وبذلك تتحدد وظيفة هذا الحق التي تتمثل في حماية الحق الموضوعي ومن ثم يعد الحق في الدعوى من الحقوق الوظيفية ، أي أن وظيفته هي حماية الحق الموضوعي ولذلك يجب أن يفسر هذا الحق على ضوء هذه الوظيفة.

---

1 - فتحي والي ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص 45.

وتبعا لذلك ، لن نساير الاتجاه الذي ينظر إلى الحق في الدعوى على أنه حقا مجردا ، وبذلك يجرده من وظيفته ، ومن ثم وأخذا بالاتجاه المجرد ، فإنه لا يمكن مساءلة الشخص الذي يستعمل حقه في الدعوى ، حتى وإن انحرف عن هذا الاستعمال واستعمله بسوء نية ، لأنه لا يمكن القول أنه انحرف عن وظيفته مادام أن هذا الحق لا وظيفة له.

والدعوى القضائية تتميز – استنادا إلى تعريف السابق – بالخصائص التالية ، وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

المبحث الثاني
خصائص الدعوى القضائية

تتميز الدعوى القضائية بخصائص تلتصق بطبيعتها ، ومن أهم هذه الخصائص ، هي كما يلي:

1 - الدعوى حق

تنقسم الحقوق إلى حقوق تقابلها التزامات ، كالحق الشخصي يقابله الالتزام بالأداء ، وحق لا يقابله التزام من الطرف الآخر ، إذ ينحصر في سلطة إنتاج الأثر القانوني ، ينفذ بإعلان إرادة صاحب هذا الحق ، يسمى بالحق الإرادي[1].

وبمجرد وقوع الاعتداء على الحق الموضوعي ، ينشأ عن هذا الاعتداء حق آخر يسمى بالحق في الدعوى ، يخول صاحبه حق اللجوء إلى القضاء للحصول على الحماية القضائية ، لأنه محظور عليه أن يقتضي حقه بنفسه.

1- فتحي والي ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص 120.
- نبيل اسماعيل عمر: الطعن بالإستئناف ، المرجع السابق ، ص 211.
- عمر زودة: المرجع السابق ، ص 105
- أحمد أبو الوفا: المرافعات ، المرجع السابق ، ص 114 ، 115.

و أن الأصل في استعمال الحق الإرادي أن يستعمل وفق الشكل الحر ، فلا يخضع لشكل معين ، بمجرد التعبير عن الإرادة يحدث الأثر القانوني ، غير أن المشرع قد يخضع استعمال الحق الإرادي إلى شكل معين.

والحق في الدعوى باعتباره من الحقوق الإرادية ، يخضع استعماله إلى شكل معين ، فإذا قرر صاحب الحق في الدعوى أن يستعمل حقه ، فيجب أن يستعمله وفق الشكل المقرر قانونا ، ويتمثل هذا الشكل في الطلب القضائي.

وبمجرد استعمال الحق في الدعوى، وفق الشكل القانوني، يترتب عن هذا الاستعمال – لصاحب الحق في مواجهة الطرف السلبي له – الأثر القانوني. ولا يلتزم الطرف السلبي في الرابطة بأي أداء ، وإنما يخضع للأثر القانوني . والخضوع حالة قانونية لا تتطلب إشراك الشخص الخاضع ولا تقتضي تدخله ولا يستطيع منع ترتب الأثر القانوني [1].

وتبعا لذلك يعد الحق في الدعوى من الحقوق الإرادية ، بمجرد استعماله تترتب عليه مجموعة الآثار القانونية ، منها خضوع المدعي عليه باعتباره طرفا سلبيا في الرابطة إلى الآثار المترتبة ، ولا يستطيع منع ترتيبها ، كتلك الآثار المترتبة عن استعمال الحق في الدعوى ، كقطع التقادم ، واعتبار الطرف السلبي مدعي عليه يخضع لمجموعة من الآثار القانونية ، كبدء حسب سريان الفوائد التأخيرية من تاديخ المطالبة القضائية ، ويصبح ملتزما بما تصدره المحكمة من أحكام.

وتبعا لذلك ، فلا تعد الدعوى سلطة[2] أو رخصة ، وانما هي حق إرادي ، بمجرد تعبير صاحب الحق أي بمجرد استعمال صاحب الحق في الدعوى حقه طبقا للأداة الفنية التي يحددها المشرع و المتمثلة في الطلب القضائي ، يحدث الأثر القانوني.

1- فتحي والي ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص 120.

2 - أحمد أبو الوفا: المرافعات ، المرجع السابق ، ص 114 ، 115.

2 - الحق في الدعوى يقبل السقوط

يخضع الحق في الدعوى إلى الزوال ، وذلك إذا لم يقم صاحب الحق الموضوعي بالمطالبة به خلال الفترة الزمنية التي يحدها القانون ، يؤدي إلى سقوطه.

والسؤال المطروح ، في هذا الصدد ، على ماذا يرد السقوط ، فهل يرد على الالتزام الموجود على عاتق المدين ، أم يرد على الحق ، أم يرد على الدعوى ؟

إجابة عن هذا التساؤل ، نقول أنه إذا نظرنا إلى المديونية من الجانب الايجابي أي ننظر إليها من جانب الدائن ، نقول أن الحق قد سقط ، أما إذا نظرنا إلى الحق من جانب المدين ، نقول أن الالتزام قد سقط ، أما إذا نظرنا من جانب الحماية القضائية نقول أن الدعوى قد سقطت ، والقول أن الحق قد سقط بالتقادم أو أن الالتزام قد سقط أو أن الدعوى قد سقطت ، كل هذه المفاهيم صحيحة ، غير أنه وفي الحقيقة إن عنصر الزمان يصيب أداة حماية الحق الموضوعي أي يصيب الدعوى القضائية ، فإذا سقطت على الحق الموضوعي أداة حمايته أي أن الدائن يصبح مجردا من الحق في الدعوى بفعل الزمان.

وتبعا لذلك ، فإذا سقطت أداة الحماية القضائية ، عن الحق الموضوعي ، ورغم ذلك ، قام الدائن برفع الدعوى أمام القضاء على المدين ، فإن الحكم في هذه الدعوى يتوقف على موقف المدين (المدعى عليه) ، فإذا تمسك المدين بالتقادم ، كون الحق الموضوعي سقطت عنه أداة الحماية القضائية يقضي في الدعوى بعدم قبولها ، أما إذا لم يتمسك المدين بالتقادم فتعود بذلك الفعالية لأداة الحماية القضائية فيقضي في موضوع الدعوى ، بإلزام المدين بالأداء.

ومن ثمة فإنه وفي الحقيقة ، فإن أداة الحماية القضائية هي التي تسقط.

3 - الحق في الدعوى يقبل التنازل

تعتبر الدعوى حقا ومن ثمة تقبل التصرف فيها بكافة أوجه التصرف ، فيمكن التصرف فيها عن طريق حوالة الحق أو حوالة الدين في جانبه الإيجابي أو السلبي ، وهو ينتقل إلى

الخلف العام و الخلف الخاص [1] ولذلك يجب التمييز بين التنازل عن الحق في الدعوى، والتنازل عن الطلب القضائي.

فإذا وقع التنازل عن الحق في الدعوى، فإن الدائن – في هذه الحالة – لا يستطيع أن يعيد رفع الدعوى بنفس الحق، لأنه يكون قد تنازل عن أداة الحماية القضائية.

في حين إذا تنازل عن الطلب القضائي، فيستطيع أن يعيد رفع الطلب من جديد، لأن الأمر يتعلق بالتنازل عن الطلب القضائي، وفي الحقيقة أن التنازل عن الطلب القضائي يؤدي إلى التنازل عن الخصومة لا يمنع صاحب الحق من رفع الدعوى من جديد. لأن الأمر يتعلق بالتنازل عن مجموعة الإجراءات وليس عن الحق في الدعوى.

إن الدعوى القضائية، قد تختلط ببعض النظم القانونية الأخرى، وهذا ما يدعو إلى تمييزها عن غيرها وذلك على الوحه التالي:

المبحث الثالث
في تمييز الدعوى عن النظم القانونية الأخرى

قد تختلط الدعوى ببعض النظم والأفكار القانونية القريبة منها، وخاصة وأن مفهوم الدعوى قد يستعمل خطأ من قبل المشرع نفسه، وهذا ما وقع فيه المشرع الجزائري فقد وقع في هذا الخطأ بالفعل في المادة 220 من قانون الإجراءات المدنية، حينما نص على سقوط الدعوى وهو يقصد بذلك سقوط الخصومة، وهو نفس الخطأ الذي وقع فيه، عندما نص في الفصل الثاني المتعلق بعريضة افتتاح الدعوى والمقصود في الحقيقة هو عريضة افتتاح الخصومة، وهو نفس الخطأ الذي كرره في المادة 15 بقوله يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى والمقصود عريضة افتتاح الخصومة.

وقد سبق أن تطرقنا إلى التمييز بين الدعوى والمطالبة القضائية وبين الدعوى والادعاء أمام القضاء، وبقي لنا أن نميز بين الدعوى والحق الموضوعي الذي تحميه، وبين

1- فتحي والي، الوسيط، المرجع السابق، ص 120.

الدعوى والخصومة القضائية ، والدعوى وحق الالتجاء إلى القضاء ، وذلك على التفصيل التالي:

1 - الدعوى والحق الموضوعي الذي تحميه

تعتبر الدعوى الأداة لحماية الحق الموضوعي ، وبذلك فهي تشكل مركزا قانونيا مستقلا عن المركز الموضوعي الذي تهدف إلى حمايته ، وتلك هي النتيجة التي توصل إليها الفقه الحديث في تمييزه للدعوى عن الحق الموضوعي على أن فكرة الدعوى توجد مستقلة عن الحق الموضوعي ، على خلاف الإتجاه التقليدي الذي يرى أن الدعوى والحق الموضوعي هما شيء واحد.

والحق الموضوعي يسبق دائما في النشأة الحق في الدعوى ، فهو موجود قبل أن توجد الدعوى في عالم القانون.

ويبقى الحق الموضوعي – وخلال هذه المرحلة – وقبل ميلاد الحق في الدعوى ، متمتعا بالحماية القانونية ، ولا يحتاج إلى الحماية القضائية ، فإذا وقع عليه اعتداء ، أصبح في حاجة إلى الحماية القضائية ، فيتحرك عنصر الحماية القانونية فينشأ عنه حق آخر يتميز عن الحق الموضوعي ، يسمى بالحق في الدعوى ، فلا يوجد – من الناحية التاريخية – التلازم بين الحق الموضوعي والحق في الدعوى ، فوجود الحق الموضوعي لا يرتبط بوجود الحق في الدعوى ، غير أن الحق الأخير لا يمكن تصور وجوده مالم يسبقه الحق الموضوعي ، فكل دعوى يجب أن تستند إلى الحق الذي تحميه ، كقاعدة عامة والعكس غير صحيح ، إذ أن كل حق موضوعي – في مرحلة ما – لا يكون في حاجة إلى وجود الحق في الدعوى.

ولذلك يجب التمييز بين الحماية القانونية التي تعتبر عنصرا في الحق والحماية القضائية التي توجد خارج عن الحق ، بل تأتيه من الخارج وتنضم إليه.

وتبعا لذلك ، فإنه وفي حالة وقوع الاعتداء على الحق الموضوعي ، فيحرك هذا الاعتداء عنصر الحماية القانونية المكون للحق ، وعندما يتحرك هذا العنصر وهو لن يتحرك إلا بفعل الاعتداء ، فيتولد عنه الحق في الدعوى ، ومن ثمة إذا وقع اعتداء على الحق الذي

سقطت عنه الحماية القانونية ، فلا يترتب عن هذا الاعتداء إنشاء الحق في الدعوى ، وبالتالي لا يستطيع أن يتمتع هذا الحق بالحماية القضائية ، لأن وجود الحماية القانونية ، تعد أساسا غير مباشر لوجود الحق في الدعوى ، فإذا سقط عنصر الحماية القانونية عن الحق الموضوعي ، فتسقط في نفس الوقت أداة الحماية القضائية عن هذا الحق ، لكن الحق الذي تسقط عنه فينشأ عن هذا السقوط حقوق ناقصة تقابلها التزامات طبيعية.

وتختلف الدعوى عن الحق الموضوعي من حيث السبب — كما رأينا سابقا — فالسبب هو المصدر المنشئ طبقا لنظرية السبب ، وهو أن كل شيء إلا وله سبب أو مصدر ينشئه ، ومن ثمة يكون سبب الدعوى المباشر هو الاعتداء الذي وقع على الحق أو المركز القانوني ، إذ بوقوع الإعتداء على الحق الموضوعي تنشأ الحاجة إلى الحماية القضائية.

في حين أن سبب الحق الموضوعي ، قد يكون تصرفا قانونيا أو واقعة مادية — بحسب الأحوال — ولذلك يتبين من هذا التحليل اختلاف الحق الموضوعي عن الدعوى القضائية الذي تحميه من حيث المصدر المنشئ لكل واحد منهما ، غير أن هذا الاختلاف لا ينفي وجود علاقة غير مباشرة بين الحق في الدعوى والحق الموضوعي.

هذه العلاقة الموجودة بينهما هي التي تسمح بقبول الدعوى من عدمها.

2 - الدعوى والخصومة القضائية

إذا وقع اعتداء على الحق الموضوعي ، ينشأ عن هذا الاعتداء حق آخر يسمى بالحق في الدعوى ، وهو من الحقوق الإرادية ، فإذا قرر صاحب الحق أن يستعمله ، فيجب عليه أن يستعمله طبقا للأداة الفنية والتي تسمى بالطلب القضائي ، ويتكون هذا الأخير من عنصرين أحدهما مادي ، ويقصد به الإدعاء بحق ، والآخر شكلي ، ويقصد به أن يستوفي هذا الطلب لمجوعة البيانات التي يحددها قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1].

---

1 - نبيل إسماعيل عمر ، الطعن بالاستئناف ، ص 218.
- إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 137.

وبمجرد استعمال الحق في الدعوى بواسطة الطلب القضائي، بإيداعه أمانة ضبط المحكمة، يتولد عنه مركز قانوني إجرائي يسمى بالخصومة القضائية [1].

وهي عبارة عن مجموعة من الأعمال الإجرائية المتتابعة، تبدأ بأول إجراء وهو إيداع الطلب القضائي لدى أمانة ضبط المحكمة وتنقضي بصدور حكم في موضوعها أو بعدم صدور حكم في موضوعها [2].

والخصومة القضائية، تكون مركزا إجرائيا مستقلا عن المركز القانوني محل الحماية القضائية، وسقوط الخصومة لا يؤدي إلى سقوط الحق في الدعوى، ومن ثم لا يمنع من إعادة رفع الدعوى أمام المحكمة بنفس الحق [3]، وتختلف شروط سقوط الخصومة عن شروط سقوط الحق في الدعوى، فإذا مرت على ركود الخصومة مدة سنتين متتاليتين دون أن يقوم المدعي بإعادة السير فيها، فتتعرض للسقوط طبقا لأحكام المادة 223 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في حين أن الحق في الدعوى لا يسقط بالتقادم، إلا بانقضاء المدة التي يحددها القانون، وهي تحدد كقاعدة عامة بمدة 15 سنة، تبدأ هذه

---

1 - الخصومة لغة: هي النزاع أو الخلاف بين شخصين أو أكثر، وفي الاصطلاح القانوني، تطلق على النزاع عندما يعرض على القضاء، وتطلق أيضا على النزاع في ذاته، فتعرف بأنها الحالة القانونية التي تنشأ منذ عرض النزاع على القضاء، كما تطلق على النزاع في مظهره في صورة سلسلة من الأعمال المختلفة، يوجب القانون القيام بها لتصل إلى نهايتها.

2 - وجدي راغب فهمي، مبادئ الخصومة المدنية، ص 137.

3 - انظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1995/03/22 رقم 27410، وقد جاء فيه مايلي: " إن الأحكام القضائية الصادرة في المسائل الفرعية التي تتعلق بإجراءات الخصومة، لا تحوز الحجية، وتبعا لذلك فإن من حق الطاعن أن يجدد طلبه الأصلي، ودون أن يدفع عليه بسبق الفصل في الدعوى".

- انظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 15 فيفري 2006 رقم 326964 عن الغرفة المدنية، لم ينشر، إذ جاء ما يلي:

" حيث أن الطاعنين يعيبون على القرار المطعون فيه، بدعوى أن المادة 220 من قانون الإجراءات المدنية، تنص على أنه يجوز للمدعي عليه أن يطلب سقوط الخصومة، في حين أن الطاعنين هم المدعون الأصليون في هذه الدعوى، بينما المجلس صرح بأنهم هم المدعى عليهم في الاستئناف، مما يسمح لهم المطالبة بسقوط الخصومة، وبذلك فإن المجلس لم يأخذ بعين الاعتبار صفة الأطراف في الدعوى الأصلية، مما يعد ذلك خرقا لأحكام المادة المذكورة أعلاه، مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض.

لكن ما يعيبه الطاعنون على القرار المطعون فيه، ليس في محله، ذلك أن الخصم الذي يحق له أن يرفع دعوى سقوط الخصومة، أو يتمسك بدفع بسقوطها هو المدعى عليه أو من يكون في مركز القانوني.

وتبعا لذلك، يصبح المستأنف – حسب مفهوم المادة 220 إجراءات مدنية – في مركز المدعي والمستأنف عليه أن يتمسك بسقوط الخصومة أمام جهة الاستئناف، ولو كان مدعيا أصليا أمام المحكمة الابتدائية.

وحيث أن قضاة الاستئناف عندما صرحوا بقبول الدعوى بسقوط الخصومة التي رفعها المطعون عليه أمام جهة الاستئناف لم يخرقوا أحكام المادة 220 إجراءات مدنية ...."

المدة من تاريخ نشوء الحق في الدعوى دون استعماله ، وينشأ الحق في الدعوى ، ابتداء من وقوع الإعتداء على الحق الموضوعي ، وتقضي القاعدة العامة ، على أنه لا يترتب على انقضاء المركز القانوني الإجرائي أي أثر على المركز القانوني الموضوعي محل الحماية القضائية وذلك طبقا لما تنص عليه المادة 226 من ق.إ.م.إ.

غير أنه واستثناءا عن هذه القاعدة ، فقد يؤثر انقضاء المركز القانوني الإجرائي على المركز القانوني الموضوعي ، وذلك في حالة سقوط الخصومة أمام جهة الاستئناف ، وهذا ما تقضي به المادة 227 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، حيث تنص على ما يلي:

" إذا تقرر سقوط الخصومة في مرحلة الاستئناف أو المعارضة حاز الحكم المطعون فيه بالاستئناف أو المعارضة قوة الشيء المقضي به ، حتى ولو لم يتم تبليغه رسميا"

فيصبح الحكم الابتدائي محل الاستئناف نهائيا[1] ، فبمجرد أن تقضي جهة الاستئناف بسقوط الخصومة وذلك بركودها مدة سنتين ، يصبح الحكم الابتدائي نهائيا بقوة القانون ، ولا يتطلب القانون من جهة الاستئناف أن تصرح وأن الحكم الابتدائي أصبح نهائيا.

وتبعا لذلك لا يجب الخلط بين المركز القانوني الاجرائي والمركز القانوني الموضوعي محل الحماية القضائية ، إذ كل واحد منهما مستقل عن الآخر فلا يجب الخلط بين الفكرتين [2].

3 - الدعوى وحق الالتجاء إلى القضاء

يعتبر حق الالتجاء إلى القضاء من الحقوق اللصيقة بالشخصية ، يثبت لكل شخص بمقتضى أهلية الوجوب ، فهو يعتبر من الحريات العامة أو الحقوق العامة التي يكفلها الدستور للناس كافة ، ويخول لهم جميعا مكنات دون أن تكون محل استئثار لأحد[3].

---

1 - أما الحكم أو القرار المطعون فيه بالمعارضة ، فإذا تعرضت خصومة المعارضة إلى الركود مدة سنتين ، فتسقط خصومة المعارضة ، ويصبح الحكم أو القرار المعارض فيه نهائيا.

2 - نبيل إسماعيل عمر ، الطعن بالاستئناف ، المرجع السابق ، ص 220.

3 - إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 137.

في حين أن الحق في الدعوى ، فلا يتقرر إلا لشخص ينفرد به ويدعيه ، ويطلب من القضاء أن يفيده بالحماية اللازمة بسبب الاعتداء الذي وقع على حقه أو مركزه القانوني، ومن ثمة تنشأ له مكنة قانونية على سبيل الاستئثار والإنفراد دون سائر الناس.

ولذلك يجب التمييز بين الحق في الدعوى ، وحق الالتجاء إلى القضاء ، فإذا كان الادعاء على أساس ، فيعد ذلك استعمالا للحق في الدعوى ، أما إذا كان الادعاء على غير أساس أي أن الطلب القضائي لا يستند إلى الحق في الدعوى ، فيعد ذلك مجرد استعمال الحق في الالتجاء إلى القضاء.

فمن يباشر الحق في الدعوى فهو يمارس في نفس الوقت حرية الالتجاء إلى القضاء ، وبذلك يجمع الشخص في آن واحد بين الحقين ، الحق في الدعوى وحق الالتجاء إلى القضاء ، فإذا كان الطلب القضائي يستند إلى الحق في الدعوى ، ففي هذه الحالة لا يمارس الشخص سوى الحق في الدعوى و يختفي حق الإلتجاء إلى القضاء ، ومن أجل ذلك ، فمن يستعمل حقه في الدعوى ، لا يكون متعسفا إلا إذا كان هذا الحق تافها بمكان ، ويعتبر الحق كذلك إذا كان صاحبه يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الذي يلحق بالغير جراء ذلك[1].

وعلى ذلك فإن أكثر الصور التي يقع فيها التعسف ، هو حق الالتجاء إلى القضاء ، وتقضي القاعدة العامة أن كلا من يستعمل حق الالتجاء إلى القضاء لا يعد مسؤولا عما ينشأ عن ذلك الاستعمال من ضرر للغير[2].

لكن القانون يفترض في من يستعمل حقه ، أنه يستعمله بحسن النية ، ومن يدعي خلاف ذلك أن يثبت وأن هذا الشخص قد استعمل حقه في الالتجاء إلى القضاء بنية

1 - انظر المادة 124 مكرر من القانون المدني ، إذ جاء فيها ما يلي:" يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ ، لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير".

2 - إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 138.

الإضرار به[1]، كأن يرفع دعوى عليه للمطالبة بالدين من أجل تشكيك في مركزه المالي مع علمه أن المدعى عليه ليس دائنا له، فكان الغرض من كل ذلك هو تشكيك في المركز المالي لهذا الشخص، وبذلك يكون قد انحرف عن استعمال هذا الحق، وخرج عن الغرض الذي وجد من أجله.

ولا يكفي لإثبات التعسف أن يثبت فشل الشخص في إثبات مزاعمه أمام القضاء، بل يجب إثبات سوء النية أو إثبات أن هذا الشخص قد ارتكب خطأ جسيما، يرقى إلى مرتبة سوء النية[2].

هذا بعد أن انتهيت من تعريف الدعوة، و تميزها عن غيرها من النظم القانونية الأخرى، أنتقل إلى دراسة شروط قبولها، و ذلك على الوجه التالي:

---

1 - انظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1994/10/26، رقم 114664، غير منشور إذ جاء فيه مايلي: " وحيث أنه من الثابت، أن حق الالتجاء إلى القضاء هو من الحقوق التي تثبت للكافة، وتبعا لذلك فإنه من يستعمل حقه في التقاضي لا يضر بالغير إلا إذاكان هذا الاستعمال مقصودا منه الإضرار.

وحيث أن قضاة الموضوع، لم يبينوا – وبأسباب سائغة – أن الطاعنة قد انحرفت في استعمالها لهذا الحق بنية الإضرار بالغير، وعندما حكموا بالتعويض عن الدعوى التعسفية، دون أن يبينوا ذلك فقد أخطأوا في تطبيق القانون ".

- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2012/07/19 رقم 829593 عن الغرفة المدنية غير منشور، إذ جاء فيه ما يلي:

« حيث أن الطاعن يعيب على القرار المطعون فيه، بدعوى أن الطاعن تمسك أمام قضاة الموضوع بالضرر اللاحق به جراء البلاغات المقدمة ضده من طرف المطعون عليهما، قد نتج عن تلك البلاغات إلى وضعه تحت الرقابة القضائية، وأن قضاة الموضوع رغم إثبات الطاعن الضرر الملحق به، فانتهو إلى رفض دعواه، دون الرد على هذا الدفاع، ما يعد ذلك قصورا في الأسباب، يعرض القرار المطعون فيه للنقض.

وحيث أن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في غير محله، ذلك أن حق الإلتجاء إلى القضاء، هو من الحقوق العامة التي تثبت للكافة، وأن من يستعمل حقه في التقاضي يفترض فيه حسن النية، ومن يدعي خلاف ذلك أن يثبته وأن الخصم الذي استعمل حقه، قد استعمله بسوء نية قامت مسؤوليته.

وحيث أن قضاة الموضوع عندما انتهوا إلى رفض دعوى الطاعن الرامية إلى تعويضه عن الضرر الناجم عن تلك البلاغات التي انتهت إلى البراءة ضد المبلغ ضده، قد طبقوا صحيح القانون، لأن الطاعن لم يثبت أمامهم، وأن المطعون عليهما قد قدما تلك البلاغات بسوء النية وبقصد الإضرار به..... »

2- إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 149.

الفصل الثاني
شروط قبول الدعوى

تمهيد وتقسيم

لايشترط القانون الحديث – لقبول الدعوى – أن ينص صراحة على ذلك ، بل يقرر أنه كلما كانت هناك مصلحة قانونية تحتاج إلى الحماية وجد الحق في الدعوى[1].

وقد انتهينا – فيما سبق – إلى تعريف الحق في الدعوى ، وقلنا أن هذا الحق يعد واحدا من الحقوق الإرادية ، وينشأ جراء الاعتداء على الحق او المركز القانوني ، يخول لصاحبه حق الحصول على الحماية القضائية.

إذن لكي تنشأ المصلحة في الدعوى ، يجب أن يوجد الحق أو المركز القانوني في عالم القانون ، وأن يثبت على أنه وعلى فرض وجود الحق أو المركز القانوني ، أنه يعود لشخص معين ، وأنه وقع عليه إعتداء.

إذن يفترض أن يوجد الحق أو المركز القانوني ، و أن يعود هذا الحق أو المركز القانوني إلى شخص معين يدعيه ، و هذا ما يؤدي إلى طرح التساؤل التالي : على أنه و على فرض أن هذا الشخص صاحب حق, و هل أن هذا الحق قد وقع عليه اعتداء, و بذلك هل أصبح في حاجة إلى الحماية القضائية ؟

فإذا كانت الإجابة بنعم وجدت المصلحة في الدعوى ، أما إذا كانت بالنفي انتفت المصلحة.

وهذا ما تقضي به أحكام القواعد العامة في القانون ، لأنه لكل شخص الحق في الدعوى ، كلما كانت هناك مصلحة تحتاج إلى الحماية القضائية ، و هي القاعدة المنصوص عليها بالمادة 13 من قانون إ.م.إ حيث جاء فيها ما يلي:

"لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون"

1 - فتحي والي ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص 54.
- إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 149.

يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو المدعي عليه كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون.

وكانت المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية القديم والتي تنص على ما يلي:

" لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء، ما لم يكن حائزا لصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك.

ويقرر القاضي – من تلقاء نفسه- انعدام الصفة و أهلية التقاضي كما يقرر القاضي –من تلقاء نفسه- عدم وجود الإذن برفع الدعوى إذا كان هذا الإذن لازما".

وبالمقارنة بين النصين الجديد والقديم، أن النص الجديد قد استبعد من شروط قبول الدعوى أهلية التقاضي.

وهذا ما كنا نؤكد عليه سابقا، من أن أهلية التقاضي لا تعد من شروط قبول الدعوى، وإنما تعد أحد شروط صحة المطالبة القضائية. على اعتبار أن الحق في الدعوى يثبت لكل شخص بمجرد اكتسابه أهلية الإختصام ووقوع الاعتداء على حقه - بصرف النظر عما إذا كان يتمتع بأهلية التقاضي من عدمه- تنشأ له المصلحة في الدعوى.

وقد اختلف الفقه حول تحديد شروط قبول الدعوى، فمن يرى أن الشرط الوحيد لقبول الدعوى هو شرط المصلحة[1].

غير أن الرأي الراجح في الفقه يتجه إلى حصرها في شرطين أساسيين وهما: شرط المصلحة و الصفة[2]، ونظيف إلى هذين الشرطين شرطا ثالثا ويتمثل هذا الشرط في استيفاء القيد المقرر قانونا قبل رفع الدعوى، ذلك أن المشرع قد يفرض بعض القيود على المتقاضي، يجب عليه استيفاءه قبل رفع الدعوى أمام القضاء.

وتجدر الإشارة إلى أنه جاء في نص المادة المذكورة سابقا على أن يقرر القاضي تلقائيا انعدام الصفة دون الإشارة إلى المصلحة فهل يعني ذلك وطبقا لمفهوم المخالفة أن شرط المصلحة لا يتعلق بالنظام العام؟

---

1 - فتحي والي، الوسيط، المرجع السابق، ص 70.

- أحمد مسلم، أصول المرافعات، المرجع السابق، ص318.

2 - إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 140.

ومع ذلك يبقى السؤال مطروحا حول طبيعة الدفع بعدم القبول، لانتفاء المصلحة، ما إذا كان يتعلق بالنظام العام أم لا؟

وتبعا لذلك – ولدراسة شروط قبول الدعوى – يجب علينا أن نقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية:

المبحث الأول: المصلحة.

المبحث الثاني: الصفة.

المبحث الثالث: استيفاء القيد قبل رفع الدعوى.

المبحث الرابع: مدى تعلق شروط قبول الدعوى بالنظام العام.

وإلى تفصيل هذه المسائل، كما يلي:

المبحث الأول
المصلحة في الدعوى

مقدمة

الأصل أن يتم تطبيق القانون في الحياة الاجتماعية، من قبل المخاطبين بأحكامه تلقائيا، وهذا ما يسمح لكل شخص من أن يتمتع بحقه أو مركزه القانوني، دون أن يتعرض لأي اعتداء.

لكن الأمور في الحياة الاجتماعية لا تسيير على هذه الوتيرة دائما، بل قد تتعرض الحقوق أو المراكز القانونية في المجتمع إلى الاعتداء، فإذا تعرضت إلى ذلك وأدى إلى حرمان صاحب الحق أو المركز القانوني، من المنافع التي كان يتمتع بها قبل هذا الاعتداء، أصبح هذا الشخص في حاجة إلى الحماية القضائية.

هذه الحاجة التي أصبح الشخص في حاجة إلى اشباعها بواسطة الدعوى التي يرفعها إلى القضاء، والتي أصبح محروما منها جراء الاعتداء الذي وقع على حقه أو مركزه القانوني هي التي تسمى بالمصلحة في الدعوى.

وتبعا لذلك يجب تقسيم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف المصلحة في الدعوى.
المطلب الثاني: يجب أن تكون المصلحة قانونية.
المطلب الثالث: يجب أن تكون المصلحة قائمة وحالة.
المطلب الرابع: الدعوى الوقائية (المصلحة المحتملة)إلى تفصيل تلك المسائل على الوجه التالي:

المطلب الأول
تعريف المصلحة في الدعوى

الفقه يعرف المصلحة في الدعوى بالمنفعة أو الفائدة أو الميزة[1] التي يحصل الشخص عليها جراء الحكم له بما يطلبه[2]، ويقال أن المصلحة هي مناط الدعوى.

وترتيبا على ذلك، فإن المصلحة في الدعوى لا تنشأ إلا بالادعاء بوجود الحق أو المركز القانوني، ووقوع الاعتداء عليهما[3].

وتبعا لذلك لا يجوز الالتجاء إلى القضاء دون تحقيق من وراء ذلك أية منفعة أو فائدة، سواء كانت منفعة مادية أو أدبية، قليلة أو كبيرة، بشرط ألا يتعسف الشخص في استعمال حقه، وكل ذلك ينساب من فكرة مرفق القضاء الذي يهدف إلى اشباع حاجات

---

1 - نبيل إسماعيل عمر، أصول المحاكمات، ص 249.

2 - إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 147.

- أنظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2008/04/23 رقم 409540 عن الغرفة المدنية، غير منشور، إذ جاء فيه ما يلي: " حيث أنه وكما هو ثابت من وقائع القضية أن الطاعنين تمسكوا بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة لدى رافعها على اعتبار أن المرحوم (ع) أخ المطعون عليه، قام بتحرير عقد الهبة لفائدة زوجته وأولاده، وأن قضاة الموضوع لما انتهوا إلى التصريح بقبول دعوى المطعون عليه دون تبيان ماهي المصلحة التي تعود على رافع الدعوى، وأن عدم تبيان ذلك يعد قصورا في الأسباب يعرض القانون المطعون فيه للنقض.

وحيث أن ما يعيبه الطاعنون على القرار المطعون فيه، في محله لأنه لم يبق للمطعون عليه ما يعود عليه من هذه الدعوى وعدم الرد على هذا الدفع الذي يتغير به وجه الدعوى يعد قصورا في الأسباب."

3 - أحمد مسلم، أصول المرافعات، المرجع السابق، ص313.

- نبيل إسماعيل عمر، أصول المحاكمات، ص 250.

الأشخاص من الحماية القضائية ، فإذا تبين أن هذه الدعوى لاتعود على صاحبه بأية منفعة أو فائدة وجب القضاء بعدم قبولها لإنتفاء المصلحة[1].

وغني عن البيان فإن شرط المصلحة ، لا يجب توافره في الدعوى القضائية فحسب بل يجب توافره في كل طلب أو دفع أو طعن[2] أو أي إجراء من إجراءات الخصومة[3].

1- انظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2003/04/30 ، الغرفة المدنية ، القسم الأول ، غير منشور إذ جاء فيه مايلي:
"حيث أنه وكما هو ثابت من أوراق القضية أنه صدر أمر بتاريخ 2001/06/09 عن المحكمة ، أمر فيه القاضي بتعيين حارس قضائي يتولى مهمة جني ثمار المشمش لموسم سنة 2001 وبيعه وقبض ثمنه وبتاريخ 2001/10/17 أصدر المجلس قرارا قضى فيه بتأييد الأمر المنوه إليه أعلاه.
ومن ثمة يكون الإجراء الذي أمر به قاضي الأمور المستعجلة ، ينتهي أثره بانتهاء هذا الموسم وبالتالي أصبح هذا الطعن خاليا من أية مصلحة تعود على الطاعن.
ذلك أن شرط المصلحة يجب توافره في كل دعوى أو طعن أو دفع طبقا لما تقضي به المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية: وحيث أن ما يعيبه الطاعون على القرار المطعون فيه في محله, لأنه لم يبق للمطعون عليه ما يعود عليه من هذه الدعوى, و عدم الردى هذا الوجه الذي يتغير به وجه الدعوى يعد قصور في الاسباب"

2- انظر القرار الصادر عن المحكمة العليا يوم 2004/03/03 رقم 307906 ، الغرفة المدنية ، القسم الأول ، غير منشور ، إذ جاء فيه مايلي:
"حيث أنه وبالرجوع إلى ملف القضية ، يتبين منه أن الملتمسين هم أنفسهم الذين طعنوا بالنقض في القرار الصادر بتاريخ 1999/11/23 رقم 99/355 عن مجلس قضاء قالمة القاضي بإلغاء الحكم المعاد والقضاء من جديد برفض الدعوى ، وقد استندوا في طعنهم إلى ثلاثة أوجه.
وقد استجابت المحكمة العليا إلى طعنهم استنادا إلى الوجه الثاني المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون وصرحت بنقض القرار المذكور أعلاه الصادر عن مجلس قضاء قالمة وإحالة الأطراف من جديد على نفس الهيئة لتعيد الفصل في النزاع من جديد.
وحيث أنه وبناء على طلب الالتماس المقدم من نفس الطاعنين ، يلتمسون فيه إلغاء قرار المكمة العليا المذكور أعلاه الذي قضى بنقض القرار المطعون فيه بناء على طعنهم ، والتصريح من جديد بنقض نفس القرار الذي تم نقضه من طرف المحكمة العليا.
وحيث أن ما قام به محامي الطاعنين يدخل تحت تعسف في استعمال حق التقاضي إذلا توجد أية مصلحة في طلب نقض نفس القرار المنقوض للمرة الثانية ، مما يتعين معه التصريح بعدم قبول هذا الطعن لانتفاء المصلحة."

3- فتحي والي ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص 66.
- أحمد مسلم ، أصول المرافعات ، المرجع السابق ، ص318.
- أحمد أبو الوف ، المرافعات ، المرجع السابق ، ص 121.

ومن ثمة تكون الدعوى غير مقبولة ، إذا كان لا يرجى منها تحقيق أية فائدة أو منفعة تعود على رافعها[1].

ومن الأمثلة على انعدام المصلحة في الطعن ،كمن يطعن في الحكم الذي يكون قد استجاب إلى جميع طلباته وتنعدم المصلحة أيضا في الدفع ببطلان إجراءات المطالبة القضائية ، استنادا إلى عدم ذكر مهنة الخصم ، فلا يقبل هذا الدفع مادام أن تخلف هذا البيان لا يؤدي إلى تجهيل بشخصية الخصم ، وتنعدم المصلحة أيضا في الدفع المتعلق بعدم تحديد تاريخ الجلسة التي سينطق فيها بالحكم ، ما دام ميعاد الطعن لا يسري إلا ابتداء من تاريخ تبليغ الحكم الصادر في الدعوى.

ويتعين أن يتوافر شرط المصلحة وقت رفع الدعوى ، وأن يبقى مستمرا أثناء إجراءات الخصومة ، فإذا زال أثناء سير إجراءات الخصومة ، وجب القضاء بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة[2].

---

1 - أنظر القرار الصادر من المحكمة العليا يوم 21 جوان 2006 رقم 334652 الغرفة المدنية ، القسم الثالث ، غير منشور و جاء فيه ما يلي :

" حيث أن الطاعنة تعيب على القرار المطعون فيه بدعوى أنها تمسكت بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة ذلك أن المطعون عليه الأول ليس الا جار المطعون عليها الثانية وكل واحد منهما يملك شقة مفرزة ومستقلة عن الأخر وبالتالي فليس له أية مصلحة للتمسك بإبطال عقد البيع الذي لم يكن طرفا فيه وإن الطاعنة قد تمسكت بهذا الوجه إذ لم يتم الرد عليه مما يعد ذلك قصورا في الأسباب ، يعرض القرار المطعون فيه للنقض.

وحيث أن ما تعيبه الطاعنة على القرار المطعون فيه في محله ، ذلك أن المطعون عليه عندما رفع الدعوى طالبا ابطال العقد الذي انعقد بين الطاعنة و (ب ، ز) لم يكن طرفا فيه و بالتالي لم تكن له أية مصلحة فيه ، و هو الشرط الذي تقضي به المادة 101 من القانون المدني حيث جاء فيه ما يلي : " إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في ابطال العقد ، فليس للمتعاقد الأخر أن يتمسك بهذا الحق" =

= في حين أن قضاة الموضوع عندما قبلوا دعوى المطعون عليه التي رفعها على كل من البائع و المشتري لم يبرهنوا على المصلحة التي تعود عليه في حالة الحكم بإبطال ذلك العقد.

وحيث أنه لا يمكن للمطعون عليه الأول أن يستند إلى كونه صاحب الحق في الشفعة وبالتالي أصبحت له مصلحة في التمسك بالبطلان.

ذلك أن الحق في الشفعة لا يثبت إلا لمالك الرقبة إذ بيع الكل أو الجزء من حق الانتفاع ، وللشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي أو لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها و ذلك طبقا لما تقضي به المادة 795 مدني ؛

"حيث أن المطعون عليه لا يعد من أصحاب حق الشفعة وبالتالي فإن الدعوى التي رفعها أمام قضاة الموضوع تنعدم فيها المصلحة ....."

2 - وجدي راغب فهمي ، مبادئ الخصومة ، ص 128.

لكن فما هو الحل إذا رفعت الدعوى دون أن تكون المصلحة فيها متوافرة، ثم تحققت أثناء سير الإجراءات، فهل يحكم بعدم قبولها استنادا إلى أن شرط المصلحة لم يكن متحققا وقت رفعها، أم يحكم بقبولها استنادا إلى أن شرط المصلحة قد تحقق قبل الحكم بعدم بقبولها؟

وقد اختلف الرأي حول الإجابة عن هذا السؤال، فذهب البعض إلى أن هذه الدعوى تكون غير مقبولة استنادا إلى أن شروط قبول الدعوى يجب توافرها وقت رفعها، وليس وقت الحكم فيها، وأن أي تأخير لا يجب أن يؤثر على مركز الخصوم[1].

في حين أن البعض الآخر قد ذهب إلى القول بقبول هذه الدعوى، مادام تحقق شرط المصلحة قبل الحكم بعدم القبول، ذلك أن الدفع – في هذه الحالة – بعدم القبول يكون غير مقبول لعدم توافر المصلحة لدى المدعى عليه، على اعتبار أنه لا يعقل أن يقضي في الدعوى بعدم قبولها وهي نفس الدعوى يقضي بقبولها لو رفعت في نفس الوقت الذي يصرح فيه بعدم قبولها[2].

لكنه ورغم قوة حجة أصحاب هذا الرأي، فإنه لا يمكن الأخذ به استنادا إلى القاعدة العامة المستخلصة من أحكام المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي تنص أن شروط قبول الدعوى يجب توافرها وقت رفعها، وليس وقت الحكم فيها، وأن الخروج عن هذه القاعدة يستلزم وجود نص خاص يستثني هذه الحالة، وبالتالي – وفي غياب النص الخاص – فلا مفر من تطبيق أحكام القاعدة العامة.

ويجب أن تتوافر في المصلحة شروط معينة، ومن غيرها يجب أن يقضي بعدم قبول الدعوى، وتنحصر شروط المصلحةفي الدعوى بأن تكون قانونية وحالة وقائمة، وإلا تكون مصلحة محتملة وتبعا لذلك سأتطرق إلى تلك الشروط فيما يلي:

---

1 - وجدي راغب فهمي، مبادئ الخصومة، ص 128.

2 - أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 128.

- وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 129.

- أحمد مسلم، المرجع السابق، ص 324.

المطلب الثاني
يجب أن تكون المصلحة قانونية

يقصد بالمصلحة القانونية هي تلك المصلحة التي يقر بها القانون ويحميها بصفة مجردة[1] وهذا ما عبرت عنه المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها:

" لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له مصلحة قائمة يقرها القانون ".

والقضاء لا يحمي إلا المصالح التي يقرها القانون وبالتالي فلا يتدخل القضاء إلا لحماية المصالح التي يعترف بها القانون.

وتبعا لذلك فلا يتوقف الأمر على قبول الدعوى وجود الحق أو المركز القانوني من الناحية الواقعية بل يقصد به أن يعترف القانون بالحماية القانونية المجردة لنوع الحق أو المركز القانوني[2].

والقاضي عندما ينكب حول دراسة أية قضية فهو يطرح سؤالا على نفسه وهو ما إذا كان ما يدعيه المدعي من الحقوق أو المراكز القانونية هل يحميها القانون أم لا ؟ فإذا تبين له أن ما يدعيه المدعي لا يحميه القانون ولا يقره فيقضي في الدعوى بعدم قبولها لكون المصلحة غير قانونية دون أن يفصل في وقائع القضية ثبوتا أو نفيا.

إذا فإن أول المسائل التي يقوم القاضي -و هو بصدد البت في القضية المعروضة عليه- هو البحث عن وجود قاعدة قانونية التي تمنح الحماية القانونية للحق أو المركز القانوني الذي يدعيه الشخص[3].

ولذلك لا تقبل الدعوى إلا إذا كانت ترمي إلى حماية الحق أو المركز القانوني الذي يحميه القانون ومن ثمة تكون الدعوى الرامية إلى إلزام الخصم بدفعه الفوائد الربوية غير

---

1 - نبيل اسماعيل عمر ، المرجع السابق ، أصول ، ص 250.

2 - فتحي والي ، المرجع السابق ، الوسيط ، ص 55.

3 - وجدي راغب فهمي ، المرجع السابق ، المبادئ ، ص 119.

مقبولة لعدم قانونية المصلحة طبقا للمادة 454 من القانون المدني ذلك أن نوع الحق الذي يطالب به المدعي لا يحميه القانون بصرف النظر عما إذا كان عقد القرض عقدا ثابتا أم لا.

وتكون الدعوى التي ترمي إلى المطالبة بدين القمار غير مقبولة لعدم قانونية المصلحة لأنها لا تستند إلى قاعدة قانونية تقر بنوع هذا الحق.

وتكون الدعوى أيضا غير مقبولة لكون المصلحة المطالب بها أصبحت غير قانونية إذا سحب القانون الإعتراف بالحق أو المركز القانوني وجرده من الحماية القانونية ذلك أن القانون لا يحمي الحقوق على وجه التأبيد وإنما يقر لها بالحماية القانونية لفترة معينة . فإذا مرت هذه الفترة ولم يستعمل صاحب الحق حقه أولم يطالب به يسحب منه الإعتراف وتسقط عنه الحماية القانونية فالحق أو المركز القانوني كان من قبل يتمتع بالحماية القانونية ثم سقطت عنه هذه الحماية . مثل دعوى الحيازة التي ترفع من بعد انقضاء سنة من تاريخ الإعتداء على الحيازة وكذلك الشأن بالنسبة لرفع الطعن خارج الأجل القانوني أو التمسك بالدفع بسقوط الحق بالتقادم كل هذه الأمثلة قد سحب القانون الإعتراف بها فسقطت عنها الحماية القانونية فالقانون قد سحب الاعتراف بأية قدرة لهذه الوقائع التي تعتبر مصدرا للحقوق والمراكز القانونية من انتاج الآثار القانونية التي كانت تنتجها قبل سحب القدرة عنها وبالتالي فإن كلا من الدعوى أو الطعن أو الدفع لا يقبل لعدم استناده لقاعدة قانونية تحمي هذا الحق.

ومن الأمثلة أيضا على عدم قبول الدعوى لعدم قانونية المصلحة أن تكون اقتصادية[1] فلا تقبل الدعوى إذا كانت المصلحة الرامية إلى تحقيقها مصلحة اقتصادية بحتة كالدعوى التي يرفعها التاجر على شركة تنافسه في تجارته فيطلب فيها حلها لانها قائمة على عقد باطل . فلا تقبل هذه الدعوى لعدم قانونية المصلحة لأنها مجرد مصلحة اقتصادية.

إذن يجب أن تكون المصلحة التي تهدف الدعوى إلى تحقيقها مصلحة مشروعة أما إذا كانت غير مشروعة فتكون الدعوى غيرمقبولة . وتكون كذلك إذا كانت مخالفة للنظام

---

1 - نبيل اسماعيل عمر . المرجع السابق . أصول . ص 119.

العام و الآداب العامة [1] فلا تقبل الدعوى التي ترفعها إحدى النساء للمطالبة بالتعويض على الضرر الذي اصابها جراء وفاة رجل كانت تربطها به علاقة غير شرعية.

فالمصلحة التي يتمسك بها صاحبها في هذه الأمثلة كلها لا تستند إلى قاعدة قانونية أي أن الحق أو المركز القانوني الذي يطالب الخصم بحمايته قضائيا لا يعترف به القانون ولا يحميه.

ومن الأمثلة على توافر المصلحة القانونية في الدعوى كالدعوى التي يرفعها الدائن لمطالبة المدين بالوفاء بالدين بعد حلول الأجل أصبحت له مصلحة في استرجاع مبلغ الدين لكي ينتفع به وهي مصلحة يقر بها القانون.

وكذلك الدعوى التي يرفعها المؤجر ويطلب فيها بالزام المستأجر برد العين المؤجرة بعد انتهاء مدة العقد المحدد المدة فله مصلحة في استرجاع العقار المملوك له لينتفع به وهي مصلحة يقرها القانون.

ولا يشترط القانون أن تكون المصلحة في الدعوى مصلحة قانونية فحسب بل إلى جانب ذلك يشترط أن تكون قائمة وحالة وهي المسألة التي اتطرق إليها فيما يلي :

المطلب الثالث
يجب أن تكون المصلحة قائمة وحالة

لا تتولد المصلحة في الدعوى لمجرد الادعاء بحق أو مركز قانوني بل إلى جانب ذلك يجب أن يقع اعتداء عليه فيتحقق بذلك الضرر ليبرر طلب الحماية القضائية.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 13 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على شرط المصلحة لقبول الدعوى أمام القضاء حيث جاء فيها ما يلي:

1 - وحدي راغب فهمي ، المرجع السابق ، المبادئ ، ص 113.

"لا يجوز لأي شخص التقاضي مالم تكن له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون .....
وبذلك أشار إليها بقوله أن تكون المصلحة قائمة وهو أحد شروط المصلحة وأغفل الاشارة
إلى الشرط الثاني وهو أن تكون المصلحة حالة ".

وجدير بالملاحظة فإن المصلحة مع امكانها قد تكون غير قائمة بمعنى أنهالم تنشأ بعد فتصبح حينئذ مصلحة محتملة وقد تكون المصلحة موجودة لكنها غير حالة فتكون في هذه الحالة مصلحة مستقبلية[1].

أن التمييز بين المصلحة المحتملة والمصلحة المستقبلية هو أن المصلحة المحتملة هي مصلحة مستقبلية قد توجد في المستقبل وقد لا توجد وهذا هو المقصود من مدلول الاحتمال أما المصلحة المستقبلية فهي مصلحة موجودة حتما. لكنها مقترنة بأجل لم يحل بعد[2] وعند حلول الأجل قد يقوم المدين بتنفيذ التزامه وقد لا يقوم بذلك فهي تعتبر أيضا من هذه الناحية مصلحة محتملة ومفهوم الإحتمال يؤخذ من موقف المدين قد ينفذ التزامه وقد لا ينفذه.

إن المشرع عندما نص على أن تكون المصلحة قائمة وأغفل الشرط الثاني في المصلحة بان تكون حالة أن ذلك لا يغير من حكم القاعدة العامة التي تستلزم أن تكون المصلحة قائمة وحالة في جميع الدعاوى التي ترفع أمام القضاء إلا ما استثني منها بنص خاص في القانون حيث تكون الدعوى مقبولة لمجرد وجود مصلحة محتملة.

ويقصد بالمصلحة القائمة هو وقوع الاعتداء أو حصول نزاع حول الحق الموضوعي المدعى به وحينئذ تتولد المصلحة في الدعوى حيث يترتب عليه حرمان الشخص من المنافع التي كان يتمتع بها من قبل مما يستلزم تدخل القضاء لحمايته بتطبيق جزاء القاعدة القانونية[3].

وتبعا لذلك توجد مصلحة قائمة للشخص المعتدى على حقه أو مركزه القانوني في ازالة هذا الاعتداء بواسطة القضاء و اصلاح الضرر المترتب عليه وإلى جانب ذلك يجب أن تكون المصلحة حالة ألا تكون المصلحة مستقبلية كالدائن الذي يرفع دعواه يطالب فيها

1- أحمد مسلم ، المرجع السابق ، ص 319.
2- أحمد مسلم ، المرجع السابق ، ص 319.
3- فتحي والي ، المرجع السابق ، الوسيط ، ص 55.

بإلزام المدين بالوفاء قبل حلول الأجل فالدائن في هذه الحالة أصبحت له مصلحة و هي مصلحة موجودة غير أنها مقترنة بأجل لم يحل بعد[1] وبالتالي تكون الدعوى غير مقبولة لكون المصلحة فيها مصلحة غير حالة.

وأما إذا لم يقع الاعتداء على الحق أو المركز القانوني ولم يلحق أي ضرر بالمدعي فتكون دعواه غير مقبولة لكون المصلحة غير قائمة ولا حالة.

ويتخذ الاعتداء أو النزاع على الحق أو المركز القانوني عدة صور[2] فقد يظهر في صورة مقاومة فعلية لصاحب الحق المعتدى عليه كامتناع المدين عن الوفاء بالرغم من حلول أجل الوفاء و قد يتخذ صورة معارضة لصاحب الحق كتوجيه الانذار إلى المستأجر بعدم دفع الأجرة إلى المؤجر وقد يتخذ صورة التشكيك حول الحق أو المركز القانوني فيطلب من القاضي ازالة التجهيل أو الشك الذي يقوم حوله وذلك بتقريره . كالدعوى التي يرفعها المدين ببطلان العقد قبل أن يرفع عليه الدائن الدعوى للمطالبة بتنفيذ هذا العقد أو بإثبات النسب وقد يتخذ الاعتداء صورة التغيير في الحق أو المركز القانوني كالدعوى التي يرفعها أحد المتعاقدين على الآخر للمطالبة بفسخ العقد أو الدعوى التي ترفعها الزوجة للمطالبة بالتطليق.

فتتولد المصلحة في الدعوى إذا تحققت احدى هذه الصور و من تم تصبح الحاجة إلى اشباعها قائمة و حالة[3].

إذن يجب أن ينشأ عن هذا الاعتداء على الحق أو المركز القانوني ضرر قائم و حال أي أن يكون هذا الضرر قد وقع بالفعل مما يبرر طلب الحماية القضائية كامتناع المستأجر عن دفع الأجرة رغم حلول أجل دفعها وكطرد العامل من منصب عمله طردا تعسفيا ، وكسلب الحيازة من الحائز بالقوة فتكون المصلحة في هذه الأمثلة قائمة وحالة ومن ثمة تكون الدعوى مقبولة أمام القضاء.

---

1 - وجدي راغب فهمي ، المرجع السابق ، المبادئ ، ص 126.

2 - ابراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 151.

- وجدي راغب فهمي ، المرجع السابق ، ص126

3 - فتحي والي ، المرجع السابق ، الوسيط ، ص 55.

وتبعا لذلك تكون الدعوى التي ترفع في غياب عنصر الاعتداء القائم والحال على الحق أو المركز القانوني غير مقبولة ومع ذلك قد تقبل الدعوى في غياب عنصر الاعتداء القائم والحال وتكون الدعوى في هذه الصورة قائمة على مصلحة محتملة.

وتقرر القاعدة العامة أن الدعوى لا تكون مقبولة إلا إذا كانت المصلحة فيها قائمة وحالة.

غير أنه قد يرد استثناء على القاعدة العامة حيث تقبل الدعوى لمجرد وجود مصلحة محتملة إذ توجد حالات معينة ينص فيها القانون على قبول الدعوى لمجرد وجود مصلحة محتملة ، غير أن المشرع الجزائري لم يساير هذا المنطق الذي تمليه طبيعة الأمور ، وذلك عندما نص في المادة 13 على أنه لا يجوز لأي شخص التقاضي مالم تكن له مصلحة قائمة أو محتملة.

فطبقا لصياغة هذا النص فقد سوى المشرع بين المصلحة القائمة والمحتملة من حيث الحكم فتقبل كل دعوى سواء كانت تقوم على مصلحة قائمة أو محتملة وبالتالي لم يبق أي أثر للتمييز بين الدعوى التي تقوم على مصلحة قائمة وحالة والدعوى التي تقوم على مصلحة محتملة.

يستخلص من النص المشار إليه أن جميع الدعاوي تكون مقبولة أمام القضاء بصرف النظر عن نوع المصلحة سواء كانت قائمة وحالة أو كانت محتملة.

إذن فالمشرع الجزائري لا يفرق بين الدعوى المبنية على المصلحة القائمة والحالة والدعوى المبنية على المصلحة المحتملة فقد سوى بين القاعدة والاستثناء أي بين الأصل والفرع وأخضعهما إلى حكم واحد.

وقد انعقد اجماع الفقه حول عدم قبول الدعوى المبنية على مصلحة محتملة إلا في الأحوال التي ينص فيها القانون ولا تقبل إلا إذا كانت مبنية على مصلحة قائمة وحالة.

إن المصلحة المحتملة تعني عدم وقوع أي اعتداء حال وقائم على الحق أو المركز القانوني أي عدم وجود أي نزاع و القضاء منذ أن وجد لا يتدخل إلا لحل النزاع وازالة الاعتداء.

والمصلحة المحتملة مصلحة لم تنشأ فالولد الذي قد يرث والده ، والزوجة التي قد ترث زوجها فكل واحد منهما مما لا شك فيه له مصلحة في المحافظة على أموال الوالد أو الزوج لكن مصلحة كل واحد منهما مصلحة محتملة فقد يتوفى أحدهما قبل الوالد أو الزوج [1].

والأصل أن المصلحة المحتملة لا تكفي لقبول الدعوى فإذا قام كل من الولد أو الزوجة بالطعن في تصرفات الوالد أو الزوج فالدعوى تكون غير مقبولة لأنها مبنية على مصلحة محتملة ما دام الوالد أو الزوج على قيد الحياة.

لكنه وتطبيقا للتشريع الجزائري فإن الدعوى التي يرفعها الولد أو الزوجة تكون مقبولة ولو كانت مبنية على مصلحة محتملة طبقا للمادة 13 المشار إليها سابقا.

إن تطبيق هذا النص سيؤدي إلى الاخلال بالمبادئ العامة في القانون و بالمساس باستقرار المعاملات في المجتمع وتمزيق الروابط العائلية لأنه أصبح من حق أي شخص أن يرفع الدعوى ويكفي أن يدعى أن له مصلحة محتملة فتقبل دعواه.

ومن الأمثلة على ذلك أن يرفع شخص دعوى على امرأة يدعي أنه سيتزوج بها في المستقبل فيطلب منعها من الزواج فتكون دعواه مقبولة استنادا إلى أحكام المادة 13.

وكذلك أيضا يحق للدائن أن يرفع الدعوى على المدين يطالبه بالوفاء بالدين قبل حلول الأجل فتكون هذه الدعوى مقبولة بالرغم من كونها مبنية على مصلحة محتملة وذلك طبقا لنص المادة المشار إليها سابقا.

إن المشرع عندما يسن القواعد القانونية فيضع القواعد القانونية العامة ، وإلى جانبها يرد استثناءات عنها وهذا ما سلكته التشريعات المختلفة عندما سنت القاعدة القانونية المتعلقة بشروط قبول الدعوى فنصت على ألا تكون الدعوى مقبولة أمام القضاء مالم تكن مبنية على مصلحة قائمة وحالة في حين أن الدعوى المبنية على مصلحة محتملة نصت على عدم قبولها إلا استثناءا.

ومن الملاحظ أنه وعندما يسن المشرع القواعد القانونية ، فيقوم بصياغتها في شكل قواعد عامة ، تنطبق على مجموعة من الوقائع غير المتناهية ، وقواعد خاصة تنطبق على

1 - أحمد مسلم ، المرجع السابق ، ص 319.

وقائع محددة تشكل استثناء على القاعدة العامة ، وبذلك فهو يقوم بصياغة القواعد القانونية في شكلين:

القواعد العامة ، فقد نص في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على القاعدة العامة ، وذلك عندما ما نص على عدم جواز قبول الدعوى مالم تكن للشخص فيها مصلحة قائمة أو محتملة.

والقواعد الخاصة أو النصوص الخاصة أو الاستثناءات على القاعدة العامة ، فهو يرد —في كل مرة يريد الخروج على القاعدة العامة —نصا خاصا ، ومن الأمثلة على ذلك ما نص عليه في المادة 802 من نفس القانون ، فقد استثنى من القاعدة العامة المنصوص عليها بالمادة 2/802 من نفس القانون. مخالفات الطرق ، ودعوى التعويض عن الضرر الذي تحدثه أحد المركبات التابعة لأحد الأشخاص المنصوص عليهم بالمادة 800 ، فتكون تلك الدعاوى من اختصاص القضاء العادي.

إن المشرع عندما يضع القاعدة العامة ، فهو لا يحتاج إلى إعادة تكرارها ، في حين أن الخروج عليها يقتضي دائماايراد نص خاص.

ومادام أن المشرع قد نص على عدم جواز قبول الدعوى ما لم تكن للشخص مصلحة قائمة أو محتملة كقاعدة عامة ، فهو لا يحتاج إلى أيراد نصوص متفرقة ، تنص على قبول الدعاوى المبنية على مصلحة محتملة ، ومن الأمثلة على ذلك مانص عليه بالمواد 77 ، 2/169 و 186 وغيرها من نفس القانون ، وبذلك يشكل نص المادة 13 خروجا على القواعد المتعلقة بصياغة القواعد القانونية.

وفي الحقيقة وكما يبدو وأن المشرع قد وقع في التناقض ، ويستخلص ذلك من قراءة الفقرة التالية: " له مصلحة قائمة أو محتملة " ، وتفيد هذه الفقرة حكما ونقيضه ، فيمكن قراءتها على أن الدعوى مقبولة إستنادا إلى وقوع أو عدم وقوع الاعتداء ، لأن الاعتداء — وكما بينا سابقا- هو مصدر الدعوى.

إن مدلول الاعتداء القائم أو المحتمل ، يعني وقوع أو عدم وقوع الاعتداء ، أن الفقرة المشار إليها تقول لنا أن الدعوى لا تكون مقبولة ، إلا إذا كانت المصلحة فيها قائمة او غير قائمة.

إن وصف المصلحة في الدعوى بوصفين أحدهما يفيد الوقوع الفعلي للضرر . والأخر يفيد عدم الوقوع فالقول أن الدعوى تكون مقبولة إستنادا إلى وقوع أو عدم وقوع الاعتداء هوتناقض بين مدلول "المصلحة القائمة " ويعني أن الاعتداء قد وقع بالفعل على الحق أو المركز القانوني . ومدلول " المصلحة المحتملة " ويعني عدم وقوع الاعتداء على الحق أو المركز القانوني.

إذن كيف يمكن رفع هذا التناقض ؟

تقرر القاعدة الأصولية في تفسير القانون ، أنه وكلما وجد التناقض بين النصين . وجب البحث عن التوفيق بينهما ما أمكن . فإذا استحال التوفيق وجب إخضاع النصين إلى مبدأ التهاطر أي السقوط . فيجب إسقاط النصين وإعتبارهما كأنهما لم يكونا أصلا . ومن ثمة وجب إسقاط من النص عبارتي المصلحة القائمة والمصلحة المحتملة . ثم إعادة صياغة المادة 13 كما يلي:

" لا يجوزلأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة ومصلحة يقرها القانون " . وهكذا يستقيم النص . ولا يتناقض مع الأحكام العامة.

وهذا ما كان ينص عليه القانون القديم . فقد جاء في المادة 459 على مايلي:

" لا يجوز لأحد أن يرفع الدعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزا لصفة (وأهلية التقاضي). وله مصلحة في ذلك.. . وهذا النص لم يرد أي وصف للمصلحة . لأنه يقصد بالمصلحة في الدعوى أن تعود على صاحبه بفائدة أو منفعة مادية أو أدبية . ولن تعود الدعوى على صاحبه بذلك . إلا إذا كان وقع بالفعل الاعتداء على حقه أو مركزه القانوني . وتم رد وإزالة هذا الاعتداء وهذا ما يساوي تماما مدلول أن تكون المصلحة في الدعوى قائمة وحالة.

وتبعا لذلك ، يمكن إستخلاص من النص المذكور بعد إعادة صياغته ومن النص القديم القاعدة العامة التي تقرر ألا تقبل الدعوى ما لم تكن المصلحة فيها قائمة وحالة . ولا تقبل الدعوى المبنية على مصلحة محتملة إلا على سبيل الاستثناء . بمعنى أنه لا يجوز قبول الدعوى المبنية على مصلحة محتملة إلا بناء على نص خاص في القانون . وقد خرج المشرع على القاعدة العامة . وأورد عدة نصوص خاصة . تجيز قبول الدعوى المبنية على مصلحة محتملة . فقد استثنى عدة دعاوى من أحكام القاعدة العامة وكما تقرر الأصول

العامة في القانون أن الاستثناء يؤكد القاعدة العامة . وهي تلك الاستثناءات التي أوردها المشرع.

ومن ثمة لا تقبل الدعوى . ما لم تكن فيها المصلحة قائمة وحالة . وتقبل الدعوى التي تكون فيها المصلحة محتملة على سبيل الاستثناء.

والدعاوي التي تهدف إلى تجنب منع وقوع الاعتداء أي الدعاوي المبنية على مصلحة محتملة تعرف بالدعاوي الوقائية وهي الدعاوي التي اتطرق إليها فيما يلي :

المطلب الرابع
الدعاوى الوقائية (المصلحة المحتملة)

الدعوى الوقائية أي الدعوى القائمة على مصلحة محتملة هي تلك الدعوى الي تهدف إلى منع وقوع اعتداء محتمل على الحق أو المركز القانوني . ويتأكد الاعتداء في صورة اعتداء أو نزاع محتمل بظواهر خارجية[1].

ومن الأمثلة على الدعاوي الوقائية ، دعوى وقف الأعمال الجديدة . وتقام هذه الدعوى من الحائز على المدعى عليه لمنعه من الاستمرار في الأعمال التي شرع فيها حيث تصبح هذه الأعمال لو تمت تعرضا في الحيازة والاعتداء في هذه الصورةلم يقع بعد فيسعى الحائز إلى منع وقوعه في المستقبل . فالمصلحة في هذه الدعوى مصلحة محتملة ، ولكنها مقبولة استثناء على القاعدة العامة ، وهو الاستثناء المنصوص عليه بالمادة 821 من القانون المدني.

وقد ثار الخلاف حول قبول بعض الدعاوي الوقائية ، مثل الدعاوي التقريرية ودعاوي قطع النزاع والدعاوي الاستفهامية ودعاوي الإلزام في المستقبل ودعاوي تحقيق الأدلة وحفظها[2].

1 - إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 154.

2 - وجدي [illegible] ، المرجع السابق ، ص 177.

وهذه الدعاوي كلها مبنية على مصلحة محتملة ، وهي غير مقبولة كقاعدة عامة.

وتبعا لذلك يتعين علينا أن نتطرق إلى الدعاوي التي تهدف إلى منع وقوع ضرر محتمل ، وإلى الدعاوي التي تهدف إلى تحقيق الدليل وحفظه ، ومن ثم سأقسم هذا المطلب إلى فرعين ، أتناول في الأول الدعاوي الوقائية التي تهدف إلى منع وقوع ضرر محتمل وفي الثاني أتناول فيه الدعاوي التي تهدف إلى تحقيق الأدلة وحفظها وذلك على الوجه التالي:

الفرع الأول
الدعاوي التي تهدف إلى منع وقوع ضرر محتمل

1- الدعوى التقريرية

الدعاوي التقريرية هي التي تهدف إلى الحصول على حكم يقضي بوجود أو عدم وجود حق أو مركز قانوني دون الزام المدعى عليه بأداء معين أو احداث تغيير في هذا الحق أو المركز القانوني [1].

إذا الدعوى التقريرية تهدف إلى تأكيد وجود الحق أو المركز القانوني أو عدم وجوده.

وتبعا لذلك يجب التمييز بين الدعاوي التقريرية التي يصل فيها التشكيك إلى درجة الاعتداء القائم والحال والدعاوي التقريرية التي لا يصل فيها الاعتداء إلى هذه الدرجة ومن تم يجب التميز بين الدعاوي التي تهدف إلى حماية الحق والدعاوي التي تهدف إلى حماية المركز القانوني الموضوعي وذلك على الوجه التالي:

أ- الدعوى التي تهدف إلى حماية الحق:

فقد سبق لنا أن انتهينا إلى التمييز بين الحق وهو ينقسم إلى حق شخصي وحق عيني وبين المركز القانوني الموضوعي ومن ثمة فإن الدعوى التقريرية التي تهدف إلى حماية

---

1 - إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 155.
- أمنية النمر ، الدعوى و اجراءاتها ، ص 277.

الحق الشخصي أو العيني مثل دعوى انقضاء الدين أو دعوى تقرير الملكية استنادا إلى تقادم المكسب فتكون كل واحدة منهما مبنية على مصلحة محتملة ولأن الدائن لم يطالب بحقه بعد ولا المالك طلب بملكية العقار الذي يوجد لدى الحائز فالدعوى التي تهدف إلى إزالة الشك حول مركز المدين أو مركز المالك هي دعوى تقريرية مبنية على مصلحة محتملة غير مقبولة ما لم يوجد نص خاص يقضي خلاف ذلك.

ومن الأمثلة على الدعاوي التقريرية المبنية على مصلحة محتملة ومع ذلك تكون مقبولة دعوى البطلان فهي تهدف إلى إزالة الشك حول مركز المدين وهو مركز شخصي تسمح لمن يوجد العقد في مواجهته أن يرفع الدعوى على من بيده عقد باطل للمطالبة ببطلانه فالدائن لم يشرع في تنفيذ العقد ومن ثمة فالاعتداء لم يقع بعد ودعوى البطلان تهدف إلى تجنب وقوع اعتداء محتمل ، فوجود العقد الباطل في يد الدائن ينشئ حالة شك حول مركز المدين ، لكن درجة التشكيك حول هذا المركز لم تبلغ درجة الاعتداء القائم و الحال ، بل هو مبني على الاعتداء المحتمل . لأن الدائن لم يشرع في تنفيذ هذا العقد وقد يلجأ إلى تنفيذه وقد لا يلجأ إلى ذلك ، لأنه يراه باطلا.

وبذلك تكون دعوى البطلان دعوى تقريرية مبنية على مصلحة محتملة –طبقا للقاعدة العامة- غير مقبولة.

غير أن دعوى البطلان تكون مقبولة استنادا إلى نص المادة 102 من القانون المدني.

إذن طبقا للقاعدة العامة تكون الدعوى التقريرية التي تهدف إلى إزالة الشك حول مركز المدين أو المالك غير مقبولة ، لأنها مبنية على مصلحة محتملة و قبول مثل هذه الدعاوي يجب ان يستند إلى نص خاص في القانون. وبذلك تكون الدعوى التقريرية التي تهدف إلى حماية الحق الشخصي أو العيني غير مقبولة مادامت مبنية على مصلحة محتملة ما لم يوجد نص خاص يقضي بخلاف ذلك.

ب- الدعوى التي تهدف إلى حماية المركز القانوني الموضوعي:

أن الدعوى التي تهدف إلى حماية المركز القانوني الموضوعي هي دعوى مبنية على مصلحة قائمة وحالة فالمدعي الذي يطلب من القضاء إزالة الشك القائم حول هذا المركز

مثل دعوى اثبات نسب الولد أو اثبات عقد الزواج في حالة انكار الزوج للعلاقة الزوجية أو الدعوى التي يرفعها الشخص للمطالبة باثبات صفته كوارث أو اثبات علاقة جنسية الشخص بالدولة ، كلها تقريرية تهدف إلى إزالة الشك حول المركز القانوني.

وبمجرد قيام حالة الشك حول هذا المركز تصبح حاجة الشخص في اشباعها قائمة وحالة وذلك عن طريق حصوله على حكم يقضي بوجود أو عدم وجود هذا المركز و بذلك يتم ازالة الشك والقلق وعدم الاستقرار.

وتبعا لذلك تكون الدعوى مقبولة بمجرد قيام الشك حول هذا المركز حتى ولولم يصل هذا الشك إلى درجة الانكار الساطع لأن الشخص يصبح في حاجة إلى الحصول على اليقين القانوني و لذلك يرى جانب من الفقه[1] أنه يجب النظر إلى المركز القانوني الموضوعي من حيث وجوده في العالم القانوني . بصرف النظر عن موقف الطرف السلبي في الدعوى التقريرية فبمجرد قيام الشك حول العلاقة الزوجية أو نسب الولد أو علاقة جنسية الشخص بالدولة أو حول صفة الوارث . فيترتب عليه ضرر يلحق بصاحب المركز القانوني الموضوعي ، وما تعمله هذه الدعوى سوى تأكيد وجود أو عدم وجود هذا المركز مما يؤدي إلى زوال الشك الذي يحيط وجود هذا المركز.

فإذا كانت دعوى الالزام تواجه اعتداء يظهر في شكل مخالفة لإلتزام ، فإن الدعوى التقريرية لا تواجه أي اعتداء لأن المركز القانوني الناشئ عن الدعوى التقريرية لا يقابله أي التزام[2].

وانما يواجه مجرد الشك حول هذا الوجود فبصدور حكم يؤكد وجود هذا المركز من شأنه أن يزيل كل قلق أو لبس وغموض الذي يكتنفه مما يضفي عليه الطمأنينة.

وتبعا لذلك تصبح الدعوى التقريرية التي تهدف إلى إزالة الشك حول وجود المركز القانوني الموضوعي مقبولة لأنها مبنية على مصلحة قائمة وحالة لأنه بمجرد أن يصبح الشخص في حاجة إلى تأكيد رسمي لوجود هذا المركز تتحقق المصلحة في الدعوى.

---

1 - فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 113.

2- فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 113.

2- دعوى قطع النزاع:

قد يحدث أن يدعي شخص خارج ساحة القضاء على أن له حقا قبل شخص آخر وتبعا لذلك يرفع الشخص المزعوم ضده الدعوى أمام القضاء على الشخص الذي يزعم يطالبه أن يثبت ما يزعمه وإلا حكم بعدم أحقيته فيما يزعمه[1] كأن يدعي (أ) وأن (ب) غير وارث ل (ج) فيرفع (ب) دعوى على (أ) يطالبه أن يثبت أمام القضاء بأنه ليس بوارث ل (ج). فإذا عجز (أ) عن الإثبات حكم عليه بأنه لا حق له فيما يزعمه[2].

وقبول هذه الدعوى محل خلاف . ويتجه الرأي إلى عدم قبولها لأنه يترتب عنها إعتداء على حرية الفرد في الإلتجاء إلى القضاء . وهي بذلك تنقل عبء الإثبات على عاتق المدعى عليه[3].

غير أنه يجب التمييز بين الدعوى التي تهدف إلى تبديد الشك حول الحق الشخصي أو العيني تكون غير مقبولة . لأن هذه المزاعم لن تضر بالشخص المزعوم ضده وبين الدعوى التي تهدف إلى إزالة الشك حول المركز القانوني الموضوعي فلا تعدو حينئذ هذه الدعوى أن تكون دعوى تقريرية . تهدف إلى إزالة الشك حول هذا المركز ومن الأمثلة على ذلك أن يزعم شخص خارج ساحة القضاء أنه ليس بزوج فلانة فبمجرد صدور هذه المزاعم تضر بالزوجة فتلجأ إلى رفع الدعوى على هذا الشخص تطالبه أن يثبت أمام القضاء أنه ليس بزوجها.

والدعوى في هذه الصورة ليست إلا دعوى تقريرية تهدف إلى إزالة الشك الذي يحيط المركز القانوني الموضوعي بحيث يصل ذلك الشك إلى درجة الاعتداء الفعلي فبمجرد قيام هذه المزاعم تلحق بصاحب المركز القانوني الموضوعي ضررا مما يبرر له رفع الدعوى.

1 - إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 113.
2 - أحمد ابو الوفا ، الر مرجع السابق ، ص 128.
3 - وجدي راغب فهمي ،المرجع السابق ، ص 133.

3- الدعوى الاستفهامية:

قد يكون للشخص حق الخيار – خلال فترة زمنية معينة يحددها القانون- بين أمرين ، كما في حالة ما إذا أبرم ناقص الأهلية عقدا فقد أعطى له القانون مهلة 05 سنوات ، طبقا لما تقضي به المادة 101 من القانون المدني ، تسري ابتداءا من تاريخ زوال نقص الأهلية فيرفع الطرف الآخر في العلاقة التعاقدية الدعوى يطلب من هذا الشخص أن يحدد موقفه من أحد الأمرين فأما أن يتمسك بالابطال أو يتنازل عنه حتى يستقر مركزه[1].

ذهب البعض إلى قبول هذه الدعوى لأنها مبنية على مصلحة قائمة وحالة تحقق له استقرار مركزه القانوني.

غير أن الرأي الراجح في الفقه يذهب إلى عدم قبول هذه الدعوى استنادا إلى أن القانون قد أعطى إلى هذا الشخص حق الخيار خلال فترة محددة فلا يمكن اجباره على تحديد موقفه قبل انقضاء تلك الفترة[2].

وفي الحقيقة أن هذه الدعوى التي يرفعها هذا الشخص ويطالب الشخص الآخر تحديد موقفه من أحد الأمرين لا يستند فيها المدعي إلى أي حق أو مركز قانوني بل أن هذا الحق منحه القانون إلى ناقص الأهلية إذن الأمر يتعلق بدعوى لا تستند إلى أي حق فهي غير مقبولة ، لكون المصلحة فيها لا يحميها القانون.

4- دعوى الإلزام في المستقبل:

قد يقدم الشخص على المطالبة بحق لم يحل أجله بعد ولم يقع عليه اعتداء بالفعل ومن الأمثلة على ذلك أن يمتنع المدين عن الوفاء بالأقساط التي حل اجلها ، فهل يعد ذلك قرينة على احتمال عدم وفائه بالأقساط التي سيحل أجلها في المستقبل ، فهل يحق للدائن أن يطالب المدين بالوفاء بالأقساط التي حل أجلها و بالأقساط المستقبلية التي لم يحل أجلها بعد[3]؟.

1- أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، المرافعات ، ص 131.

2- ابراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 160.

3- ابراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 163.

إن المطالبة بالوفاء بالأقساط االتي لم يحل أجلها يكون هذا الطلب قائما على مصلحة محتملة.

وتبعا لذلك فلا يتحقق شرط الاعتداء - وطبقا للقاعدة العامة التي تقضي بعدم قبول الدعوى المبنية على مصلحة محتملة – ومن ثمة تكون هذه الدعوى مبنية على مصلحة محتملة غير مقبولة ، فيجب على القاضي في هذه الحالة أن يحكم بإلزام المدين بالوفاء بالأقساط التي حل أجلها ، ويحكم بعدم القبول فيمالم يحل أجلها.

غير أنه قد يثور التساؤل حول ما إذا تم رفع الدعوى للمطالبة بقسط لم يحل أجله بعد ، لكن وقت الحكم فيها قد حل أجله ، فهل يمكن قبول الدعوى في هذه الحالة ؟

فقد انقسم الرأي كما رأينا فيما سبق إلى إتجاهين فالأول يرى أن هذه الدعوى غير مقبولة استنادا إلى القاعدة التي تقضي بوجوب الحكم في القضية بالحالة التي كانت عليها وقت رفعها وذلك احتراما للأجل المقرر لمصلحة المدين[1].

في حين الاتجاه الثاني يرى أنه من العبث الحكم بعدم قبول هذه الدعوى بحيث يمكن رفعها في الوقت التي تكون مقبولة و يحكم فيها بعدم قبولها[2].

غير أننا نرى و طبقا للقاعدة العامة التي تقضي بوجوب توافر شروط قبول الدعوى وقت رفعها و ليس وقت الحكم فيها . و أنه لا يمكن الخروج عن القاعدة العامة إلا بوجود نص خاص في القانون و من ثمة تكون الدعوى غير مقبولة استنادا إلى القاعدة العامة ، ولا يوجد نص خاص في القانون يسمح بذلك.

وبعد أن تطرقنا إلى الدعاوي التي تهدف إلى منع وقوع ضرر محتمل و الآن أتطرق إلى دعاوي تحقيق الأدلة وحفظها في الفرع الثاني كما يلي:

---

1 - أحمدأبو الوفا ، المرجع السابق ، المرافعات ، ص 130.
2 - أحمد منعم ، المرجع السابق ، ص 323.

الفرع الثاني
دعاوي تحقيق الأدلة وحفظها

مقدمة

الدعاوي الوقائية قد تهدف إلى منع وقوع ضرر محتمل وقد تهدف إلى تحقيق الأدلة وحفظها كدعوى التزوير الأصلية ، وهذه الأخيرة تهدف إلى تأكيد عدم وجود ركن الرضا ، ودعوى مضاهاة الخطوط الأصلية والتي تهدف إلى تأكيد وجود ركن الرضا.

كان القانون القديم قد تطرق إلى تنظيم دعوى التزوير الفرعية ودعوى تحقيق الخطوط الفرعية وسكت عن دعوى التزوير الأصلية ودعوى تحقيق الخطوط الأصلية وتبعا لذلك كان يثور التساؤل حول مدى قبولهما أمام القضاء في حين تطرق إلى تنظيم دعوى حفظ الدليل.

إلا أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد قد تطرق إلى تنظيمهما مما يتعين علينا أن نتناول (أولا) دعاوى تحقيق الأدلة ،و(ثانيا) دعاوى حفظ الدليل على الوجه التالي:

أولا: دعاوى تحقيق الأدلة وهما:

1- دعوى التزوير الأصلية:

قد يكون بحيازة الشخص سند مزور لكنه لا يقدم على المطالبة بالحق الثابت فيه انتظار الفرصة السانحة . فإذا علم الشخص بوجود هذا السند ، فإن له أحد الخيارين إما أن ينتظر حتى ترفع عليه دعوى أصلية للمطالبة بالحق الثابت فيه ، مما يحق له أن يقدم فيها طلبا عارضا يتمسك فيه بدعوى التزوير الفرعية[1].

1 - سليمان مرقس ، أصول الاثبات وإجراءاته في المواد المدنية ، ص 337.

وإما أن يبادر إلى رفع دعوى التزوير الأصلية يطلب فيها من خصمه تقديم السند إلى القضاء لإثبات تزويره ، من قبل أن تحصل المطالبة القضائية في المستقبل في وقت قد يصعب عليه إثبات التزوير.

إن دعوى التزوير الأصلية ، تهدف إلى إسقاط حجية المحرر ، فهي دعوى تقريرية سلبية ، فغايتها إهدار وتدمير الدليل ، ومن ثمة إلى تقرير عدم وجود الحق الشخصي الذي يشهد عليه هذا المحرر.

إن دعوى التزوير الأصلية قائمة على مصلحة محتملة وعنصر الإحتمال مؤخوذ من خشية الشخص من استعمال هذا المستند في المستقبل ضده في وقت قد يصعب عليه إثبات تزويره ، فلقبولها يجب أن تستند إلى نص خاص في القانون.

لا يوجد في قانون الإجراءات المدنية القديم نص صريح يقضي بقبول هذه الدعوى غير أنني كنت أرى [1] أن دعوى التزوير الأصلية مقبولة في التشريع الجزائري على أساس أن هذه الدعوى تهدف إلى إثبات أن التوقيع الذي يحمله هذا المحرر لا ينسب إلى المدعي ولأن التوقيع هو الذي يجسد ركن الرضا في هذا التصرف لأن هذه الدعوى تهدف إلى هدم أحد أركان العقد وهو ركن الرضا ، ومن ثمة تعد هذه الدعوى أحد صور البطلان ، وهذا الأخير قد ينشأ عن تخلف ركن الرضا أو السبب أو المحل أو الشكل ، إذا كان القانون يتطلبه ، ويؤدي ثبوت التزوير إلى انتفاء ركن الرضا.

وتبعا لذلك تعد دعوى التزوير إحدى صور البطلان فتكون مقبولة استثناءا عن القاعدة العامة ، وهو الإستثناء المنصوص عليه بالمادة 102 من القانون المدني.

فجاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية بتكريس مبدأ قبول دعوى التزوير الأصلية استنادا إلى أحكام المادة 186 التي نصت على ما يلي:

" يرفع الإدعاء الأصلي بالتزوير طبقا للقواعد المقررة لرفع الدعوى ".

1 - عمر زودة ، الاجراءات المدنية ، مطبعة إسكلوبيديا ، الجزائر ، ط 2009 ، ص 58

والمشرع عندما أورد نصا خاصا يقضي بقبول دعوى التزوير الأصلية يعد ذلك استثناءا من القاعدة العامة التي تقضي بعدم جواز قبول الدعوى المبنية على مصلحة محتملة و بذلك يكرس هذا النص استثناءا على القاعدة العامة و الإستثناء يؤكد القاعدة العامة.

2- دعوى مضاهاة الخطوط الأصلية:

قد يكون بيد شخص محرر عرفي ويخشى أن ينكر – في المستقبل- من يشهد عليه هذا المحرر توقيعه أو خطه أو بصمة إصبعه ، فيلجأ إلى رفع دعوى مضاهاة الخطوط الأصلية ، يطلب فيها من المدعي عليه (المدين) بإقرار أمام القضاء بتوقيعه أو خطه أو بصمة إصبعه أو ينكر ذلك[1] . فيأمر القاضي بإجراء مضاهاة الخطوط طبقا لما تقضي به المادة 165 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وترفع هذه الدعوى قبل أن تكون هناك دعوى متعلقة بأصل الحق مرفوعة إلى القضاء وقبل شروع الدائن في التنفيذ.

تهدف هذه الدعوى إلى تأكيد حجية المحرر حتى لا يستطيع الخصم أن ينكر خطه أو توقيعه أو بصمة إصبعه في المستقبل ، ودعوى مضاهاة الخطوط الأصلية دعوى تقريرية إيجابية.

وإذا كانت دعوى التزوير الأصلية تهدف إلى تأكيد انعدام ركن الرضا في العقد في حين أن دعوى مضاهاة الخطوط الأصلية تهدف إلى تأكيد وجود ركن الرضا.

والقاعدة أن دعوى مضاهاة الخطوط الأصلية غير مقبولة لأنها مبنية على مصلحة محتملة . ولم تكن هذه الدعوى في ظل القانون القديم مقبولة غير أن هذه الدعوى أصبحت مقبولة استنادا إلى أحكام المادة 3/164 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبالتالي أصبحت هذه الدعوى المبنية على مصلحة محتملة مقبولة استثناءا على خلاف ما كان عليه الوضع في التشريع القديم.

---

1 - عبد الوهاب القسماوي ، إجراءات الاثبات المدنية والتجارية ، ص 53.

ثانيا- دعوى حفظ الأدلة: دعوى أثبات الحالة ودعوى سماع الشاهد

دعوى حفظ الأدلة هي تلك الدعوى التي تهدف إلى إثبات وقائع معينة للإستدلال بها في نزاع يحتمل وقوعه في المستقبل فتقام هذه الدعوى بمجرد إثبات وقائع معينة ليستند إليها الخصم لإثبات الحق الذي سترفع بشأنه دعوى في المستقبل و هي على عكس ما ترمي إليه دعوى التزوير الأصلية إلى هدم الدليل في حين أن دعوى مضاهاة الخطوط الأصلية تهدف إلى تأكيد وجود الدليل وأن الخصم لا ينكره ، أما دعوى حفظ الدليل فتهدف إلى حماية الدليل وحفظه للاحتجاج به عندما يثور النزاع في المستقبل.

ودعوى حفظ الدليل تكون قائمة على مصلحة محتملة ، ذلك أن النزاع على أصل الحق لم يقع بعد ، ولكنه من المحتمل أن يقع في المستقبل فقد يحتاج الشخص إلى استعمال هذا الدليل عند حصول النزاع على أصل الحق و قد لا يحتاج إليه مطلقا.

تقضي القاعدة العامة بعدم جواز قبول الدعوى المبنية على مصلحة محتملة ، إلا بوجود نص خاص في القانون.

ودعوى حفظ الدليل قد تكون دعوى إثبات حالة أو دعوى سماع شاهد وتعتبر كل واحدة منهما دعوى إستعجالية.

ويظهر عنصر الإستعجال من خطر زوال معالم الواقعة المراد إثباتها[1] وبذلك يجب توافر فيهما عنصر الإستعجال و عدم المساس بأصل الحق.

ويتجه القضاء الفرنسي إلى عدم قبول نوع هذه الدعاوي إلا إذا نص القانون صراحة على قبولها[2].

غير أن الرأي الراجح في الفقه و القضاء يتجه إلى قبولها[3] ، نظرا لما تحققه من فائدة ، ذلك أن تحقيق العدالة يتطلب ألا تزول الأدلة التي تظهر الحق في المستقبل إذا ما حدث نزاع حوله.

---

1 - أحمد منعم ، المرجع السابق ، ص 322.

2 - وجدي راغب فهمي ، المرجع السابق ، ص 139.

3 - سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص337.

وإذا كان القانون القديم يشترط لقبول هذه الدعوى أن يقع إتفاق بين الخصوم طبقا لما تنص عليه المادة 187 أ ج مدنية ولذلك طرح سواء حول ما إذا لم يقع اتفاق بين الخصوم ، فهل تقبل هذه الدعوى[1].

في حين أن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نص في المادة 77 على قبول مثل هذه الدعاوي صراحة و بالتالي تكون مقبولة وهي كل دعوى ترمي إلى اتخاذ أي إجراء من إجراءات حفظ الدليل مثل طلب الإنتقال إلى المعاينة أو سماع شاهد أو تعيين خبير لإثبات حالة بشرط أن يكون هذا التدبير ضروريا ويتوقف عليه الفصل في نزاع يحتمل حصوله في المستقبل.

هذا بعد أن تطرقنا إلى المصلحة كشرط لقبول الدعوى والآن أنتقل إلى دراسة الشرط الثاني في الدعوى و هو شرط الصفة ، و أتناوله على الوجه التالي:

المبحث الثاني
الصفة في الدعوى

تمهيد وتقسيم:

طبقا للمبدأ العام الذي يقضي بعدم جواز اقتضاء الشخص لحقه بنفسه ونتيجة لذلك أصبح القانون يكفل لصاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه الحق في الحماية القضائية . ويجب أن يتمسك صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه بهذه الحماية بنفسه أو بواسطة من ينوب عنه قانونا سواء كانت هذه النيابة اتفاقية أو قانونية ، ومن ثمة يجب على طرفي الدعوى أن يكونا حائزين على الصفة.

والدعوى يجب أن ترفع من صاحب الحق المعتدى عليه طبقا لما تقضي به القاعدة العامة ، فهل يرد استثناء على هذه القاعدة حيث ترفع الدعوى من شخص لا يدعي حقا لنفسه ؟

---

1 - عمر زودة ، المرجع السابق ، ص 49.

وقد يكون الحق في الدعوى لأكثر من شخص ، فهل يجب على هؤلاء أن يرفعوا الدعوى من طرفهم جميعا أو ترفع عليهم جميعا ، ولذلك يثار التساؤل حول ما إذا كانت الصفة تثبت لهؤلاء مجتمعين أم أنها تثبت لكل واحد منهم على إنفراد ؟

والشخص صاحب الحق الموضوعي قد يوجد في استحالة قانونية أو مادية تمنعه من مباشرة الدعوى بنفسه ، ومن ثمة يبقى السؤال مطروحا حول الشخص الذي تثبت له الصفة لمباشرة الدعوى نيابة عن صاحب الصفة الأصلية في الدعوى ؟

وقد يكون غرض الدعوى هو الدفاع عن المصلحة الجماعية أو المصلحة العامة ، وتبعا لذلك يثور التساؤل حول الشخص الذي يعترف له القانون بالصفة في الدعوى دفاعا عن هذه المصلحة ؟

ولذلك سأقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب الأول أتناول فيه الصفة الأصلية والثاني أتناول فيه الصفة عند تعدد أطراف الحق والثالث أتناول فيه الصفة عندما تكون المصلحة في الدعوى مصلحة جماعية أو عامة و أتناول ذلك على الوجه التالي:

المطلب الأول
الصفة الأصلية في الدعوى

والصفة في الدعوى قد تكون عادية أو استثنائية ، والصفة العادية أو الأصلية تقابلها الصفة الإجرائية وأتناول هذه المسائل كما يلي:

1 - الصفة العادية في الدعوى

يقصد بالصفة العادية في الدعوى هي الصفة الأصلية التي تثبت لصاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه ، وبالتالي فإن الحماية القضائية لا تمنح إلا لصاحب هذا الحق أو المركز القانوني وهي تمنح بواسطة أداة فنية تسمى بالدعوى القضائية.

والدعوى القضائية تتكون من ركنين أساسيين الركن الأول يقف فيه الشخص الأول يسمى بالمدعي ويقف في الركن الثاني الشخص الآخر يسمى بالمدعى عليه.

وتبعا لذلك يجب أن ترفع الدعوى من صاحب الحق المعتدى عليه في مواجهة الشخص المعتدي ويعبر عن هذه المعادلة بأنه يجب أن ترفع الدعوى من ذي الصفة على ذي صفة.

إن المقصود من ذلك أن تنسب الدعوى إيجابا لصاحب الحق أو المركز القانوني وسلبا لمن يوجد الحق في مواجهته.

على خلاف ما ذهب إليه المشرع في المادة 2/13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، حيث نص على أنه يجب أن يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه . وكان يكفي أن ينص فقط أن يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة ، ويعني ذلك أنه يجب توافر الصفة في جانبيها الايجابي والسلبي.

وتبعا لذلك يجب أن يقع التطابق بين المركز القانوني للشخص رافع الدعوى ، أي المركز القانوني للمدعي وهو صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه ، مع تطابق مع المركز القانوني للمدعى عليه على هذا الحق أو المركز القانوني للمعتدي.

ولذلك يجب أن تتحقق علاقة مباشرة بين مركز المدعي ومركز المدعي عليه والحق الموضوعي محل الدعوى.

ولا يكفي أن تكون للشخص مصلحة في الدعوى فحسب ، بل إلى جانب ذلك يجب أن يكون حائزا على الصفة في الدعوى[1] ، فلا تقبل دعوى إبطال العقد من شخص ليس طرفا فيه ، كالتاجر الذي يرفع دعوى إبطال عقد الشركة التي تنافسه.

فهذا التاجر مما لا شك فيه له مصلحة في زوال هذه الشركة المنافسة له ، ومع ذلك فلا تقبل دعواه لانعدام الصفة.

كذلك تكون الدعوى التي يرفعها الابن على والده للمطالبة بإبطال التصرف الذي أبرمه ، غير مقبولة لانعدام الصفة فلا يكفي أن تكون له مصلحة في المحافظة على أموال

1 - أحمد أبو الوفا ، المرافعات ، ص 108

والده التي ستؤول إليه إرثا بعد وفاته . لأن الابن لا ينشأ له الحق في أموال والده إلا بعد وفاته ، ومن ثم لا تثبت له الصفة لأن هذه الأخيرة ليست إلا تعبيرا عن الجانب الشخصي للحق الموضوعي [1] استنادا إلى القاعدة التي تقضي بأن لكل حق شخصا.

ويتحقق القضاء من تلقاء نفسه من أن رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه ، فيتحقق من العلاقة القانونية التي تربط الشخص بالحق ، كما يتأكد من جانب آخر ، أن الدعوى قد رفعت على الشخص المعتدي وهو المدعى عليه [2].

وهذه هي الصفة العادية في الدعوى التي يعترف بها القانون لصاحب الحق المعتدى عليه في مواجهة الطرف السلبي وهو الشخص المعتدي الذي يقف في مركز المدعى عليه ، غير أن القانون قد يعترف بالصفة في الدعوى لشخص آخر ليس هو صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه.

وهذا ما يعرف بالصفة الاستثنائية ، إذا فما هي هذه الصفة ؟

2- الصفة الاستثنائية

طبقا للقاعدة العامة التي تقضي بأن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه ، وهو الذي تثبت له الصفة في الدعوى القضائية ، ومن ثمة فلا تقبل الدعوى إذا رفعت من شخص ليس هو صاحب الحق المدعى له ، لتخلف الصفة ولا تقبل مهما كانت المصلحة فالزوجة التي ترفع دعوى لإبطال تصرف قام به زوجها ، استنادا الى أن هذا التصرف يضر بها ، مما لا شك فيه فلها مصلحة في المحافظة على أموال

1- وجدي راغب فهمي ، المرجع السابق ، ص 145.

2- انظر قرار رقم 267242 المؤرخ في 2003/01/29 الصادر عن الغرفة المدنية القسم الأول بالمحكمة العليا ، غير منشور ، حيث صرح فيه بنقض القرار المطعون فيه ، استنادا إلى عدم توافر الصفة ، ذلك أنه تم رفع الدعوى على الدولة التي لا توجد بينها و بين الشخص المتسبب في الحادث أية علاقة تبعية و إنما توجد تلك العلاقة بين الشخص المتسبب في الحادث و الولاية. وعندما ألزم قضاة الموضوع الطاعنة (الدولة) بتلك التعويضات فقد ألزموا بها الشخص الذي لا يتمتع بالصفة في الدعوى ، مما يعد ذلك خرقا لأحكام المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية يعرض القرار المطعون فيه للنقض.
- انظر القرار الصادر بتاريخ 2002/12/11 رقم 277858 عن المحكمة العليا ،الفرقة المدنية ، غير منشور، صرح فيه بنقض القرار المطعون، فيه لانعدام الصفة في الدعوى.

زوجها، لكن المصلحة لوحدها، لا تكفي لقبول الدعوى، مالم تكن مقترنة بالصفة، فلا تستطيع الزوجة أن تباشر هذه الدعوى لإبطال هذا التصرف ما دامت لم تكن طرفا فيه[1].

غير أنه قد يرد استثناءا على هذه القاعدة، وذلك في حالة ما إذا نص القانون صراحة على تخويل الشخص صفة في حلول محل صاحب الصفة الأصلية في رفع الدعوى. وتعرف الصفة في هذه الحالة بالصفة الاستثنائية، ويعد ذلك خروجا عن أحكام القاعدة العامة، ومن الأمثلة على ذلك ما هو منصوص عليه بالمادة 189من القانون المدني وتعرف بالدعوى غير المباشرة، حيث تجيز للدائن أن يرفع الدعوى باسم مدينه[2].

فالحق موضوع الدعوى ليس خاصا برافع الدعوى و إنما خاص بشخص المدين، و إذا كان للدائن مصلحة مشروعة في المحافظة على الضمان العام للمدين، إلا أن هذه المصلحة لا تكفي لولا تخويل المشرع الدائن هذه الصفة، حسبما تنص عليه المادة المذكورة سابقا.

كما أنه ومن جانب آخر، قد يباشر الدعوى شخص آخر ليس هو صاحب الحق الموضوعي، وإنما شخص آخر يخوله القانون مباشرة الدعوى باسم شخص آخر يوجد في استحالة مادية أو قانونية، وهذا ما يعرف بصاحب الصفة الإجرائية إذن فما هي هذه الصفة؟

---

1 - انظر القرار الصادر بتاريخ 2002/02/11 رقم 277858 الصادر عن المحكمة العليا الغرفة المدنية، غير منشور، صرح فيه بنقضه القرار المطعون فيه لانتفاء الصفة في الدعوى.

2 - إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 170.

- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 960.

- يرفع الدائن الدعوى باسم المدين باعتباره نائبا عنه.

يحق للدائن أن يستعمل اسم المدين و ذلك من أجل أن يظهر أسم المدين من الناحية الإجرائية بأن يقوم بقطع التقادم يسري في حق الدائن، كذلك له الحق أن يطعن باسم مدينه في حكم صدر ضد هذا الأخير بجميع طرق الطعن أنظر عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 961.

3- الصفة الإجرائية

ينشأ لكل شخص – سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا- الحق في الدعوى بمجرد وقوع الاعتداء على حقه أو مركزه القانوني والقاعدة هي أن يمارس كل شخص حقه في الدعوى أمام القضاء بنفسه أو بواسطة شخص ينوب عنه نيابة اتفاقية.

لكن في بعض الأحوال قد يقع اعتداء على حق الشخص أو مركزه القانوني ، ولذلك ينشأ له الحق في الدعوى غير أنه لا يستطيع استعمال حقه بنفسه أمام القضاء لوجود ظروف تمنعه من ذلك وهذه الظروف قد ترجع إلى الشخص صاحب الحق في الدعوى وقد ترجع إلى القانون وقد ترجع إلى ظروف مادية ، فالقاصر أو الشخص المعنوي أو الغائب أو الشخص المحكوم عليه في جناية ، فهؤلاء لا يستطيعون مباشرة الدعوى بنفسهم بل تباشر عنهم بواسطة الممثل القانوني.

فالمحكوم عليه في جناية لا يستطيع مباشرة الدعوى أمام القضاء بنفسه لأنه يوجد في استحالة قانونية فهو محجور عليه بقوة القانون, فيجب أن يرفع الدعوى بواسطة ممثله القانوني وهو القيم الذي تعينه له المحكمة, وكذلك القاصر لا يستطيع أن يرفع الدعوى بنفسه بل ترفع باسمه بواسطة ممثله القانوني ، وهو الولي أو الوصي أو القيم ، والغائب يجب أن ترفع الدعوى باسمه بواسطة وكيل عنه تعينه له المحكمة ، لأنه يوجد في استحالة مادية وكذا الشخص المعنوي ، لا يستطيع أن يباشر الدعوى بنفسه فترفع بواسطة ممثله القانوني.

وتبعا لذلك ، يجب التمييز بين الصفة الأصلية في الدعوى ، فهي تثبت دائما لصاحب الحق في الدعوى و بين الصفة الإجرائية ، و هي صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات القضائية باسم غيره ، لأن صاحب الصفة الأصلية في الدعوى ، قد أصبح في استحالة قانونية أو مادية لمباشرة الدعوى بنفسه ، فيخول القانون لشخص آخر لمباشرة الإجراءات أمام القاضي باسمه ، وهذا ما يعرف بالصفة الإجرائية أو التمثيل القانوني أو النيابة القانونية.

ويتبين من هذا التحليل أن هناك شخصا يملك الحق في الدعوى ولكن لا يملك الحق في ممارسته أمام القضاء بل يمنح القانون حق ممارسة هذا الحق لشخص آخر ليس هو صاحب الحق في الدعوى.

إذا يوجد شخص يملك الحق في الدعوى ولكنه يجرده القانون من سلطة ممارسة الحق في الدعوى أمام القضاء والآخر يملك الحق في ممارسته ، الأول هو صاحب الصفة الأصلية والثاني هو صاحب الصفة الإجرائية.

فالأمر يتعلق بالصلاحية في من يباشر إجراءات الخصومة أمام القضاء، نيابة عن صاحب الصفة الأصلية في الدعوى[1].

ففي حالة رفع الدعوى من الشركة ، فيجب أولا إثبات الصفة الأصلية للشركة وثانيا إثبات الصفة الإجرائية لممثل الشركة بأنه يتمتع بالصلاحية كممثل قانوني لمباشرة إجراءات الخصومة باسم الشخص المعنوي ، وكذا الحال بالنسبة لرافع الدعوى باسم القاصر ، فيجب إثبات الصفة الأصلية في الدعوى, وهي تثبت لصاحب الحق المعتدى عليه وهو القاصر ثم إثبات الصفة الإجرائية لممثله القانوني و هو الولي أو الوصي أو القيم[2].

ويترتب على التميز بين الصفة الأصلية والصفة الإجرائية مجموعة من الآثار القانونية ، فيترتب على تخلف الصفة الأصلية في الدعوى أن يقضي بعدم القبول ، في حين يترتب على تخلف الصفة الإجرائية بطلان إجراءات الخصومة, وهو بطلان موضوعي.

يؤدي زوال الصفة الأصلية في الدعوى إلى انقضائها، في حين أن زوال الصفة الإجرائية يؤدي إلى انقطاع الخصومة[3].

وترتيبا على ذلك فإنه ومن أجل قبول الدعوى أمام القضاء ، يجب إثبات الصفة الأصلية لصاحب الحق المعتدى عليه في مواجهة الطرف السلبي أولا ، ولصحة إجراءات الخصومة يجب إثبات سلطة مباشرة إجراءات الخصومة لمن يتولاها نيابة عن القاصر أو الغائب أو الشخص المعنوي ثانيا.

وتبعا لذلك يتولد عن تخلف الصفة الأصلية في الدعوى الدفع بعدم القبول في حين يتولد عن تخلف الصفة الإجرائية الدفع الشكلي :

---

1 - فتحي والي ، الوسيط ، ص 63.

2 - إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 168.

3 - وجدي راغب فهمي ، المرجع السابق ،ص 148.

وتثور مشكلة الصفة عندما يكون الحق متعدد الأطراف يعود لأكثر من شخص واحد ، وسواء وقع هذا التعدد في الجانب الإيجابي أو السلبي ، بحيث يصبح أكثر من مدعي أو مدعي عليه ؟

وكذلك تثور مشكلة الصفة عندما تكون المصلحة القانونية محل الحماية القضائية جماعية أو عامة ، ولذلك يطرح التساؤل لمن تثبت الصفة ؟

وهي المسائل التي أتناولها في المطلب التالي:

المطلب الثاني
الصفة عند تعدد أطراف الحق أو عندما تكون المصلحة جماعية أو عامة

قد تبرز الصفة كشرط مستقل عن الحق الموضوعي محل الحماية القضائية وذلك في حالة ما إذا أصبح الحق متعدد الأطراف[1].

كما تبرز الصفة أيضا كشرط مستقل عن الحق الموضوعي محل الحماية القضائية وذلك عندما تكون المصلحة مصلحة جماعية أو عامة وتبعا لذلك, سأقسم هذا المطلب إلى فرعين, الأول أتناول فيه الصفة عند تعدد أطراف الحق, والثاني أتناول فيه الصفة عندما تكون المصلحة جماعية أو عامة على النحو التالي:

1 - فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 56.

الفرع الأول
الصفة عند تعدد أطراف الحق

قد يكون الحق موضوع الدعوى متعدد الأطراف أي يعود لأكثر من شخص واحد، و سواء وقع هذا التعدد في الجانب الإيجابي أو في جانب السلبي، و من ثمة تثور مشكلة من له الصفة في الدعوى فهل يمكن لكل واحد منهم أن يرفع الدعوى باسمه لوحده، أم يجب أن ترفع الدعوى من أو على جميع الأطراف.

قد يقوم المشرع في بعض الحالات بتقديم الإجابة عن هذا السؤال، فينص مثلا في المادة 219 من القانون المدني على أنه وفي حالة تضامن الدائنين، فتكون لأي منهم الحق في رفع الدعوى كما ينص أيضا على وجوب اختصام جميع أطراف الرابطة الموضوعية في الخصومة عند قسمة المال الشائع إذ يجب أن ترفع الدعوى على باقي الشركاء الآخرين وهذا ما تقضي به المادة 724 من القانون المدني كما يجب أيضا أن ترفع دعوى الشفعة على كل من البائع و المشتري طبقا لما تقضي به المادة 802 من القانون المدني.

فإذا رفعت الدعوى في المثالين الأخيرين من بعض الخصوم على البعض دون مواجهة الجميع فيقضى فيها بعدم قبولها لانتفاء الصفة، لأن هذه الأخيرة لا تتحقق إلا لجميع الخصوم مجتمعين.

ومع ذلك، يبقى السؤال مطروحا، عندما يكون الحق متعدد الأطراف ويسكت المشرع عن تقديم الحل، فكيف يقضى في الدعوى في هذه الحال؟

فهل يكفي لقبول الدعوى أن ترفع من واحد منهم أم أنه يجب أن ترفع من أو على جميع الأطراف ؟

وقد اختلفت الإجابة عن هذا التساؤل ، فقد ذهب رأي في الفقه[1] ,إلى وجوب التفرقة بين دعوى الإلزام التي تهدف إلى الإلزام بالأداء ، فيمكن أن ترفع من طرف واحد لأنها لا ترتب أثرها إلا في مواجهة أطراف الدعوى و لا يمتد أثرها إلى الغير الخارج عن الخصومة.

في حين أن كلا من الدعوى المقررة أو المنشئة اللتين تتعلقان برابطة قانونية واحدة فلا يمكن تأكيد أو تغيير رابطة واحدة إلا في مواجهة جميع أطراف هذه الرابطة ، فإذا رفعت الدعوى على طرف واحد دون الباقي فتعتبر هذه الدعوى قد رفعت على غير ذي صفة[2].

في حين أننا نرى و أخذا بالاتجاه في الفقه الذي يذهب إلى أن جميع الدعاوي ، سواء كانت دعاوى إلزام أو الدعاوى التقريرية أو الدعاوى المنشئة جميعها تكون قابلة أو غير قابلة للانقسام بحسب طبيعة موضوع الدعوى أو بحسب أتفاق الأطراف أو إذا انصرفت نيتهم إلى عدم قابلية الالتزام إلى الانقسام وفكرة عدم قابلية موضوع الدعوى إلى الانقسام أو التجزئة مرتبطة بنوع الدعوى[3], وتبعا لذلك, سأتطرق إلى نوع كل دعوى على النحو التالي:

1- دعوى الإلزام

هي الدعوى التي يكون موضوعها إلزام المدعى عليه بأداء معين قابل للتنفيذ الجبري ، إذن موضوع هذه الدعوى هو الإلزام[4], ولذلك يجب أن ننظر إلى هذا الإلزام لمعرفة ما إذا كان موضوع الدعوى يقبل أو لا يقبل الانقسام.

1- فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 56.

2- فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 57.

- أنظر القرار الصادر بتاريخ 1994/10/26 رقم 117250 عن المحكمة العليا ، الغرفة المدنية القسم الأول ، غير منشور إذ جاء فيه ما يلي :

"حيث أن رفع الدعوى على الطاعن دون باقي أطراف العقد ، فيترتب على ذلك عدم القبول لانتفاء الصفة ، لأنها و في هذه الحالة لا تثبت إلا لجميع أطراف العقد ، لأن تغيير المركز القانوني لا يمكن أن يحدث إلا في مواجهة الجميع."

3- الأنصاري حسن النيداني ، مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه في قانون المرافعات ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، طبعة 1998 ، ص 45.

4- الأنصاري حسن النيداني ، المرجع السابق ، ص 43.

وقد نصت المادة 236 من القانون المدني على ألا يقبل الالتزام الانقسام:

1- إذا ورد على محل لا يقبل الانقسام بطبيعته.
2- إذا تبين من غرض الطرفين أن تنفيذ الالتزام لا ينقسم أو إذا انصرفت نيتهم إلى ذلك.

وتبعا لذلك يصبح الالتزام غير قابل للانقسام بحسب طبيعة محله أو موضوعه الذي لا يقبل بطبيعته الانقسام أو بحسب قصد المتعاقدين, أو إذا انصرفت نيتهم إلى ذلك.

إذن طبيعة محل الالتزام هي التي تجعل الالتزام غير قابل للانقسام أو حسب اتفاق المتعاقدين أو من الغرض الذي يرميان إليه ونية الطرفين قد تكون صريحة وهي التي تجعل الالتزام غير قابل للانقسام كأن يشترط الدائن على المدين أن يقوم بالوفاء بالالتزام كليا غير قابل للانقسام.

وقد تنصرف نية الطرفين ضمنيا ،كأن يشتري شخص قطعة أرض لبناء عليها مصنعا ، فتعد القطعة الأرضية ضرورية لإقامة عليها المصنع ، فتعد غير قابلة للانقسام بحسب الغرض الذي يرمي إليه المشتري وبالتالي فإن موضوع الدعوى يتبع محل الالتزام فإذا كانت طبيعة هذا المحل غير قابلة للانقسام فتصبح الدعوى غير مقبولة لانتفاء الصفة إذا لم ترفع في مواجهة الجميع ، وكذلك تصبح الدعوى غير مقبولة إذا لم ترفع على جميع الأطراف وذلك بحسب اتفاق الطرفين أو بحسب الغرض الذي يرمي إليه الأطراف.

2- أما الدعوى التقريرية

فهي التي تهدف إلى الحصول على حكم يقضي بوجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانوني.

إذن موضوع الدعوى التقريرية قد يكون تقريرا ايجابيا أو سلبيا و تبعا لذلك يجب البحث عن طبيعة هذا الحق ما إذا كان يمكن تقرير وجوده بالنسبة للبعض وعدم وجوده

بالنسبة للبعض الآخر أم أنه لا يمكن تقرير وجوده أو عدم وجوده إلا بالنسبة لجميع الأطراف الرابطة[1].

أن مدى قابلية الحق الذي يرد على الشيء للانقسام، يرجع أن طبيعة شيء محل الحق[2] فالحصان لا يقبل التجزئة بطبيعته و مع ذلك فحق الملكية الوارد عليه يقبل التجزئة أو الانقسام[3]، إذ يمكن أن يملكه أكثر من شخص واحد.

وعلى العكس قد يكون الشيء محل الحق قابلا للانقسام في حين أن الحق الوارد عليه لا يقبل الانقسام ومثال ذلك حق الارتفاق بالمرور فمحل هذا الحق هو القطعة الأرضية، هي قابلة للانقسام لكن حق الارتفاق غير قابل للانقسام[4].

وتبعا لذلك تصبح الدعوى غير مقبولة إذا كان موضوعها غير قابل للانقسام إلا إذا رفعت على جميع أطراف الرابطة القانونية.

3- أما الدعوى المنشئة

فهي التي تهدف إلى إنشاء أو إنهاء أو تعديل حق أو مركز قانوني معين.

ويكون موضوع الدعوى المنشئة غير قابل للانقسام بحسب طبيعته القانونية.

وتبعا لذلك يجب التمييز بين الدعاوي المنشئة للحالة وهي التي تحدد وضع الشخص القانوني في المجتمع، هذه الوضعية يجب أن تكون في مواجهة الجميع، لأنه لا يمكن اعتبار الشخص متزوجا أو مطلقا أو مفلسا أو ناقص الأهلية في مواجهة البعض دون البعض الآخر.

إذن الدعوى المنشئة لحالة الأشخاص فهي تتركز على صفة معينة في الشخص و يجب أن تكون هذه الصفة في مواجهة العامة و بذلك تقتصر مباشرة الدعوى على أشخاص معينين دون غيرهم، فإذا رفعت الدعوى من أحد الخصوم على البعض دون الآخر فيجب

1- الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص 44.

2- الأنصاري حسن النيداني: المرجع السابق: ص 45.

3- فتحي والي: المرجع السابق، ص 56.

4- الأنصاري حسن النيداني: المرجع السابق: ص 45.

اختصام باقي أصحاب الصفة ، ففي دعوى النسب يجب اختصام جميع أصحاب الصفة و هم الأب و الأم و الابن[1].

ولكن الدعاوى المنشئة الأخرى كدعوى الإبطال أو الفسخ وغيرهما ، فهي تخضع لنفس القواعد التي تخضع لها الدعوى المقررة[2].

فإذا كان موضوع الدعوى غير قابل للانقسام بحسب طبيعة المحل أو بحسب الطبيعة القانونية للحق فيجب أن ترفع الدعوى في مواجهة جميع أطراف أصحاب الحق وإلا حكم في الدعوى بعدم قبولها لانتفاء الصفة.

وإذا اتجهت إرادة أصحاب الحق دون البعض الآخر إلى تجزئة الالتزام ، فينشأ للبعض دون البعض ، كدعوى الإبطال يمكن أن تبطل بالنسبة للبعض دون الأخر ، وهذا ما تنص عليه المادة 104 من القانون المدني[3]، وتبعا لذلك تصبح الدعوى قابلة للانقسام.

أما إذا اتجهت نيتهم إلى إنشائه أو إنهائه بالنسبة للجميع فإن الدعوى تصبح غير قابلة للانقسام ومن ثم إذا لم ترفع على جميع أطراف الرابطة فيقضى في الدعوى بعدم قبولها لانتفاء الصفة.

الفرع الثاني
الصفة في الدعوى دفاعا عن المصلحة الجماعية أو العامة

المقدمة

تشمل الحماية القضائية كل من المصالح الخاصة و المصالح الجماعية و العامة ، فهي جميعها تحظى بهذه الحماية في حالة تعرضها إلى اعتداء.

1- الأنصاري حسن النيداني ، المرجع السابق ، ص 51.
2- الأنصاري حسن النيداني ، المرجع السابق ، ص 52.
3- الأنصاري حسن النيداني ، المرجع السابق ، ص 54.

يعترف القانون إذا وقع اعتداء على الحقوق والمصالح الخاصة - لصاحب الحق الموضوعي - إذا وقع عليه اعتداء - بالحق في الحماية القضائية ، وهو الذي ينتصب أمام القضاء للذوذ عن حقه وبذلك لا تثور مشكلة البحث عن صاحب الصفة في الدعوى في هذه الصورة.

في حين أن الأمر على خلاف ذلك إذا ما وقع اعتداء على المصلحة الجماعية أو العامة وبذلك تثور مشكلة البحث عن الشخص الذي يعترف له القانون بالصفة.

دفاعا عن هذه المصلحة حتى يتمكن من الوقوف أمام القضاء للدفاع عنها ؟

وبالرجوع إلى أحكام القواعد العامة التي تقرر على أنه لا يمكن الاعتراف بالصفة إلا لصاحب الحق محل الاعتداء ، وهذا الأمر لا يثير أية صعوبة لمعرفة صاحب الصفة بالنسبة للحقوق والمصالح الخاصة.

غير أن الصعوبة تبقى مطروحة حول معرفة صاحب الصفة للدفاع عن المصالح الجماعية والعامة إذا تعرضت للاعتداء.

فلا يوجد شخص من الناس يعتبر هو صاحب هذه المصلحة حتى يمكن له أن تثبت له الصفة في الدعوى دفاعا عن هذه الحقوق والمصالح.

وتبعا لذلك ولمواجهة هذه المشكلة قد ظهرت دعاوي النقابات والجمعيات للدفاع عن المصالح الجماعية وإلى جانب ذلك قد ظهرت أيضا دعاوى النيابة العامة للدفاع عن المصلحة العامة وهي المسائل التي نتناولها فيما يلي:

1- دعاوى النقابات

تتمتع النقابة بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة وتبعا لذلك إذا ما وقع اعتداء على أحد حقوقها ، حق لها أن ترفع الدعوى أمام القضاء طبقا للقواعد العامة للدفاع عن حقوقها الخاصة.

وتعتبر النقابة شخصا وبذلك فهي لا تختلف عن باقي أشخاص القانون سواء كانوا طبيعيين أو معنويين فتثبت لها الصفة في الدفاع عن حقوقها بمقتضى ما تتمتع به من أهلية الاختصام والأهلية الإجرائية[1].

ولكن المشكلة تثور في حالة ما إذا رفعت النقابة الدعوى دفاعا عن المصلحة الجماعية, فكيف يمكن أن تثبت لها الصفة في هذه الحالة ؟

وقبل الإجابة عن هذا التساؤل ، يجدر بنا أن تحدد المقصود بالمصلحة الجماعية. حيث يقصد بها تلك المصلحة المشتركة التي تعلو على المصالح الخاصة لهؤلاء الأعضاء[2] الذين يستهدفون غرضا معينا كالدفاع عن حماية العمال من الأمراض المهنية او توفير وسائل الوقاية من حوادث العمل.

و النقابة عندما ترفع الدعوى أمام القضاء للدفاع عن المصالح المشتركة فهي لا تدعي أن هذه الحقوق تدخل ضمن ذمتها المالية و إنما هي تدعي أن هذه الحقوق أو المصالح ترجع للجماعة[3].

والنقابة باعتبارها شخصا تدخل بذلك ضمن مجموعة هؤلاء الأشخاص ومن ثمة يبقى السؤال مطروحا فأي شخص من هؤلاء الذي تثبت له الصفة للدفاع عن هذه الحقوق والمصالح الجماعية ؟

فالأصل أن النقابة ليست لها الصفة للدفاع عن هذه الحقوق والمصالح المشتركة لهؤلاء الأشخاص لأنها ليست صاحبة الحق المعتدى عليه.

وقد تردد كل من الفقه والقضاء على تخويل النقابة الصفة في الدعوى للدفاع على المصالح المشتركة[4].

لكن ما لبث أن استقر الرأي على تخويل النقابة الصفة للدفاع عن المصالح الجماعية[5].

1- فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 315.

2- فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 315.

3 - وجدي راغب فهمي ، المرجع السابق ، ص 172.

4- إبراهيم نجيب سعد : المرجع السابق ، ص 172.

5- فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 60.

وأخيرا قد انتهى الأمر إلى الإعتراف بالصفة للنقابة للدفاع عن المصالح الجماعية من قبل المشرع وهذا ما تقضي به المادة 16 من القانون المؤرخ في 1990/07/02 رقم 14/90 الذي يتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي وقد جاء فيها ما يلي:

"يكتسب التنظيم النقابي الشخصية المعنوية والأهلية المدنية بمجرد تأسيسه وفقا للمادة المذكورة أعلاه ويمكنه أن يقوم بما يلي:

التقاضي وممارسة الحقوق المخصصة للطرف المدني لدى الجهات القضائية عقب وقائع لها علاقة بهدفه و الحق أضرارا بمصالح أعضائه الفردية و الجماعية المادية أو المعنوية......"

إن الخلاف الفقهي حول تخويل النقابة الصفة في الدعوى للدفاع عن المصالح الجماعية ، يعود ذلك إلى أن النقابة ليست هي صاحبة الحقوق والمصالح الجماعية وبالتالي ليست هي صاحبة الصفة في الدعوى للدفاع عن هذه الحقوق والمصالح وبحكم القواعد العامة لا تثبت الصفة إلا لصاحب الحق المعتدى عليه والخروج عن أحكام القواعد العامة وتخويل النقابة الصفة في الدعوى للدفاع عن المصالح الجماعية ، لا يكون إلا بنص خاص في القانون.

وقد نص المشرع صراحة على تخويل النقابة الصفة للدفاع عن المصالح المشتركة لإعفائها طبقا لنص المادة المشار إليها أعلاه.

وتبعا لذلك فلا تثبت الصفة في الدعوى التي ترفعها النقابة للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصاب أحد العمال فالصفة في هذه الدعوى تثبت للعامل ولا صفة للنقابة فيها.

غير أنه يمكن أن يمنح القانون صفة التمثيل للنقابة حيث تعتبر ممثلة للعامل أمام القضاء ولذلك يجب التمييز بين الصفة الأصلية والصفة الإجرائية.

تثبت الصفة للنقابة للدفاع عن المصلحة الجماعية ، التي ترفعها ضد رب العمل ، بسبب عدم توفير وسائل الوقاية من حوادث العمل ، أو الدعوى التي ترفعها للمطالبة بحق العمال في العطلة أو الحد الأدنى للأجور.

وقد ينتج عن الواقعة الواحدة دعوتان أحدهما يعود الحق فيها لأحد أعضاء النقابة، والأخر يعود الحق فيها للنقابة، إذا كانت هذه الواقعة ينتج عنها ضرر يمس بمصلحة العامل وبالمصلحة الجماعية، فينشأ الحق في الدعوى للعامل أن يرفع دعوى للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه شخصيا، ودعوى ترفعها النقابة ضد رب العمل للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بالمصلحة الجماعية.

2- دعاوى الجمعيات

تتمتع الجمعية بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة[1]، فإذا وقع اعتداء على أحد حقوقها الداخلة ضمن ذمتها المالية حق لها أن ترفع الدعوى أمام القضاء للدفاع عن حقها أو مركزها القانوني المعتدى عليه ولا تختلف الجمعية أيضا عن باقي أشخاص القانون، فتثبت لها الصفة في الدفاع عن حقوقها بمقتضى ما تتمتع به من أهلية الاختصام.

غير أنه يثور التساؤل في حالة ما إذا رفعت الجمعية دعوى دفاعا عن المصالح الجماعية عما إذا كانت تثبت لها الصفة في هذه الحالة ؟

فالرأي يذهب إلى عدم قبول دعوى الجمعية للدفاع عن المصالح الجماعية لانتفاء الصفة لأنها لا تمثل المهنة التي ينتمي إليها أعضاؤها و أن مهمة الدفاع عن المصالح العامة موكولة إلى النيابة العامة[2].غير أن الرأي قد انتهى إلى الاعتراف للجمعية بالصفة للدفاع عن الغرض الذي من أجله أنشئت, وتبعا لذلك

فإن ما ينطبق على النقابة ينطبق على الجمعية، ذلك أن الرأي الذي يذهب إلى عدم الاعتراف للجمعية بالصفة للدفاع عن المصلحة الجماعية، فهو لا يخرج عن جوهره عن تطبيق القاعدة العامة التي تنص على عدم قبول الدعوى إلا من صاحب الحق المعتدى عليه. فالجمعية التي أنشئت من اجل حماية الآثار التاريخية فهذه الآثار ليست ملكا لها

1- وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 155.
2- إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 176.

وبالتالي فالدعوى التي ترفعها هذه الجمعية ليست لها أي صفة في رفعها أمام القضاء مالم يوجد نص خاص يخول لها هذه الصفة للدفاع عن المصلحة الجماعية.

وأخيرا قد انتهى المشرع إلى تخويل الجمعية الصفة للدفاع عن الغرض الذي أنشئت من اجله حيث نص صراحة في المادة 16 من القانون المؤرخ في 1990/12/04 رقم 31/90 على ما يلي:

"تكتسب الجمعية الشخصية المعنوية والأهلية المدنية بمجرد تأسيسها طبقا للمادة 7 من هذا القانون ، يمكنها حينئذ أن تقوم بما يلي:

أن تمثل أمام القضاء وتمارس خصوصا أمام المحاكم حقوق الطرف المدني بسبب وقائع لها علاقة بهدف الجمعية تلحق أضرارا بمصالح أعضائها الفردية أو الجماعية.

وهكذا أصبح المشرع يعترف للجمعية بالصفة للدفاع عن الغرض الذي أنشئت من أجله وقد ساير الاتجاه القوي في الفقه الذي يدعو إلى الاعتراف للجمعية بالصفة في الدعوى دفاعا عن الغرض الذي أنشئت من اجله.

3- دعاوى النيابة العامة

النيابة العامة هي صاحبة الحق في الدعوى العمومية التي تتأثر بتحريكها و مباشرتها أمام القضاء الجزائي.

في حين أن القانون لا يخول للنيابة العامة الحق في مباشرة الدعوى المدنية أمام القضاء المدني إلا على سبيل الاستثناء.

وتبعا لذلك تعمل النيابة العامة أمام القضاء المدني بإحدى الوسيلتين:

تعمل النيابة العامة أمام القضاء المدني كطرف منضم أو ما يسمى بحق ابداء الرأي وهذا ما تنص عليه المادة 256 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه يمكن لممثل النيابة العامة أن يتدخل كطرف منضم.

وعملها أمام القضاء المدني بهذه الوسيلة ، قد يكون إجباريا و هذا ما تقضي به المادة 260 من نفس القانون التي توجب تبليغ النيابة العامة عشرة أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة

على سبيل الحصر يجب تبليغ النيابة العامة بملف هذه القضية لإبداء رأيها بشأنها.
بالقضايا التي ذكرتها ، ومن تم إذا تعلق النزاع بأحد هذه القضايا التي ذكرتها هذه المادة

وقد يكون عملها اختياريا ذلك أنه يجوز للنيابة العامة أن تتدخل في باقي القضايا الأخرى ، كما يمكن للقاضي أن يأمر تلقائيا بإبلاغ النيابة العامة بأية قضية أخرى طبقا لما تقضي به المادة المذكورة أعلاه.

وقد تعمل النيابة العامة أمام القضاء المدني كخصم أو ما يسمى بحق الإدعاء أو كطرف أصلي[1] ، وهذا ما تقضي به المادة 256 من نفس القانون و القاعدة أن النيابة العامة لا يجوز لها أن تعمل كطرف أصلي[2] إلا حيث ينص القانون صراحة على ذلك

وتبعا لذلك فقد يخول القانون للنيابة العامة –استثناءا- الصفة في الدعوى دفاعا عن المصلحة العامة مثل الدعوى التي ترفعها للمطالبة بتوقيع الحجر على الشخص طبقا لأحكام المادة 102 من قانون الأسرة أو الدعوى التي ترفعها بفقدان أو موت الشخص ، طبقا لأحكام المادة 114 من نفس القانون أو الدعوى التي ترفعها على الشخص أو ترفع عليها بقصد استصدار حكم يقضي بتمتعه أو عدم تمتعه بالجنسية الجزائرية ، طبقا لأحكام المادة 37 من قانون الجنسية.

ويلاحظ أن هذه الدعوى التي ترفعها النيابة العامة –في هذه الحالات– أمام القضاء المدني فلا تطلب فيها بأي حق ذاتي خاص بها ، ولذلك يتعين على النيابة العامة في كل مرة أن ترفع الدعوى فيها أو ترفع عليها أن تستند إلى نص خاص في القانون يخول لها هذا الحق و في غياب هذا النص فلا تقبل الدعوى حتى وأن استندت إلى حماية النظام العام ، ففكرة النظام العام فلا تخول لها الصفة في مباشرة الدعوى المدنية.

1- أحمد أبو الوفا: المرجع السابق ، ص 83.

2 - أنظر المادة 3 مكرر من قانون الأسرة حيث جاء فيها ما يلي :

"تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون"

أن المقصود بالطرف الأصلي في هذه المادة هو الطرف المنضم و الدليل على ذلك ،أنه لو كان المشرع يقصد هذا المعنى لما ألغى كل المواد المنصوص عليها في هذا القانون و التي تعمل فيها النيابة العامة كطرف أصلي مثل المادة 102 ، 114 و غيرهما،

و الاكتفاء بأحكام هذه المادة باعتبارها تقرر قاعدة عامة

- انظر أكثر تفصيلا ،عمر زودة، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 3 مكرر من قانون الأسرة،المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا،عدد 2 ،لسنة 2005 ، ص 31 .

المبحث الثالث
استيفاء القيد قبل رفع الدعوى

حق الالتجاء إلى القضاء من الحقوق العامة التي يكفلها القانون للناس جميعا ، فلكل شخص حق الادعاء مباشرة أمام القضاء سواء كان محقا أو غير محق فيه وهو الحق الذي تقضي به القواعد العامة في القانون.

غير أنه قد ترد بعض الاستثناءات على هذه القواعد ، فقد يقوم المشرع بمنع الشخص - في بعض الحالات - من الالتجاء إلى القضاء و قد يكون هذا المنع مطلقا كما هو الشأن في المسائل المتعلقة بأعمال السيادة ، كحل البرلمان أو إقالة الحكومة أو فيما كان يقضي به القانون السابق من منع الشركات الوطنية إذا وقع نزاع فيما بينها من حق الالتجاء إلى القضاء.

وقد يكون هذا المنع مؤقتا فيمنع القانون الشخص من الالتجاء إلى القضاء قبل القيام بعمل معين ، كإجراء محاولة الصلح أو التظلم الإداري المسبق أو الحصول على إذن مسبق و يشكل هذا العمل قيدا على رفع الدعوى[1] وهو عبارة عن عقبة قانونية يضعها المشرع أمام الشخص ، فلا ينفتح أمامه باب القضاء إلا بعد استيفاء هذا القيد.

وتبعا لذلك ، سأقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب فأتطرق في المطلب الأول إلى الصور المختلفة للقيد ، وفي الثاني إلى تحديد الحالات التي يبطل فيه وفي الأخير أتناول فيه طبيعة الدفع الناشئ عن عدم استيفاء القيد المقرر قانونا ، وإلى تفصيل هذه المسائل فيما يلي:

1- أنظر القرار الصادر بتاريخ 1992/12/21 رقم 91843 عن المحكمة العليا الغرفة الجزائية غير منشور حيث جاء فيها ما يلي:

"يظهر من إجراء الصلح المنصوص عليه بالمادة 16 معدلة بقانون رقم 31- 88 ذو طابع إلزامي بالنسبة للمؤمن وطابع اختياري بالنسبة للطاعنة فيجب على شركة التأمين أن تسعى إلى عرض التعويض المسبق قبل الالتجاء إلى القضاء و عدم القيام بهذا الإجراء يخضع طعنها إلى عدم القبول".

إن هذا الرأي محل نظر ذلك أنه لا يمكن الخروج على القاعدة العامة إلا بوجود نص خاص في القانون يضع هذا القيد فلا يجوز للقضاء أن يضع قيدا على حق التقاضي إلا بناءا على نص في القانون يقضي بذلك.

المطلب الأول
الصور المختلفة للقيد

1- إجراء المصالحة

تنص المادة 19 من القانون المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل على ما يلي:

"يجب أن يكون كل خلاف فردي خاص بالعمل موضوع محالة الصلح أمام مكتب المصالحة قبل مباشرة أي دعوى قضائية"

ويتضح من هذا النص أن المشرع قد قيد حق الشخص في الالتجاء إلى القضاء مباشرة في منازعات العمل بل اشترط عليه قبل أن يرفع الدعوى أمام القضاء أن يستوفي القيد المقرر قانونا ويتمثل هذا القيد في إجراء محاولة الصلح ، ذلك أن المشرع قد وضع هذه الوسيلة أمام الشخص وقد افترض فيها أنها تحقق الغرض الذي وضعت من أجله وهو تسوية النزاع بين الطرفين عن طريق الصلح حيث يقوم مفتش العمل بعد حضور الطرفين أمامه ويبين لكل واحد منهما ما له من حقوق و التزامات ثم يقوم بتقريب وجهة نظر الطرفين فقد يصلا إلى حل النزاع وديا و قد يفشلا في ذلك.

ومن ثمة قد تؤدي هذه الوسيلة إلى إشباع حاجة الشخص من الحماية القانونية دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء.

إذا يفترض المشرع أن الشخص وقبل استيفاء القيد المقرر قانونا فهو ليس في حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء لرد الاعتداء على حقه أو مركزه القانوني بل وضع وسيلة في متناوله يستطيع بواسطتها أن يشبع حاجته في الحماية القانونية ومن ثمة فهو ليس في حاجة إلى رفع الدعوى أمام القضاء مما ترتب عليه في حالة رفعها قبل استيفاء القيد التصريح بعدم قبول الدعوى.

أما إذا لم تتم تسوية هذا النزاع بالرغم من استيفاء القيد المقرر قانونا حينئذ يتولد الحق في الدعوى للخصم مما يحق له الالتجاء إلى القضاء للمطالبة بالحماية القضائية.

ويجب التمييز بين محاولة الصلح المقررة في منازعات العمل والتي تعد قيدا على رفع الدعوى لأنها تباشر قبل رفع الدعوى وبين محاولة الصلح المنصوص عليها في المادة 49 من قانون الأسرة والتي تعد شرطا لصحة العمل القانوني[1].

لأن هذا الإجراء يتطلبه القانون بعد رفع الدعوى[2].

فعدم القيام بمحاولة الصلح في منازعات العمل يترتب عليه عدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة في حين أن عدم إجراء محاولة الصلح في قضايا الطلاق يترتب عليه بطلان العمل القضائي لأن محاولة الصلح أصبحت أحد إجراءات الخصومة فلا بد من القيام به ويعتبر أيضا التنبيه قيدا يجب استيفاؤه قبل رفع الدعوى وأتناوله على الوجه التالي:

2- التنبيه

كانت المادة 472 من القانون المدني وقبل تعديلها تنص على أنه إذا أراد أحد المتعاقدين أن ينازع في الثمن المتفق عليه في العقد و بعد مضي سنة من الحلول في العين المؤجرة أن يوجه تنبيها بواسطة عقد غير قضائي أو برسالة موصى عليها وبعد انقضاء الشهرين من تاريخ تسلم الإعلان عن الرغبة فإذا لم يحصل الاتفاق بين الطرفين على الأجرة الجديدة ترفع الدعوى حينئذ إلى القضاء. ويعد التنبيه برفع الأجرة قيدا على رفع الدعوى أمام القضاء فإذا رفعت الدعوى قبل استيفاء هذا القيد يقضى بعدم القبول.

وإذا أريد رفع الأجرة في المحلات التجارية يعمل بنفس الإجراء وذلك ما تنص عليه المادة 2/192 من القانون التجاري على وجوب توجيه التنبيه برفع الأجرة بعقد غير قضائي أو برسالة موصى عليها مع طلب إشعار الوصول.

وإذا لم يحصل الاتفاق بين الطرفين على رفع الأجرة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الإعلان بالمراجعة حينئذ يحق لمن له مصلحة أن يرفع الدعوى أمام الجهة القضائية

1- الاعذار لا يعد قيدا على رفع الدعوى وإذا لم يقم الدائن بتوجيه الاعذار إلى المدين فتعد المطالبة القضائية بمثابة الاعذار طبقا للمادة 180من القانون المدني.

2- إن محاولة الصلح يجب أن تتم قبل رفع الدعوى لأن هذه الأخيرة تعد أعلانا للخصومة وبالتالي وفي كثير من الأحيان لا يبقى أي محل للمصالحة فكان على المشرع أن يتبع نفس المنهج الذي اتبعه في منازعات العمل.

المختصة وتفصل المحكمة بتحديد بدل الإيجار وفقا للإجراءات المقررة في قضايا الأجور المستعجلة [1].

ويعمل أيضا بنفس الإجراء إذا تعلق الأمر بعدم تجديد العقد في المحلات التجارية فيجب توجيه التنبيه مع غرض تعويض الاستحقاق [2].

ويجب على مستلم الإعلان أن يعلن خلال ثلاثة أشهر عن رغبته في الموافقة على العرض أو الرفض إما إذا لم يعلن مستلم التنبيه عن موقفه خلال هذه المهلة يعد سكوته قبولا ضمنيا بالتنبيه بعدم تجديد العقد وبالعرض الذي جاء فيه.

ولذلك يحب على مستلم التنبيه بالإخلاء أن يعلن عن رفضه التنبيه بعدم تجديد العقد وتبليغ هذا الرفض إلى صاحب التنبيه . مما يحق لهذا الأخير أن يرفع الدعوى أمام الجهة القضائية المختصة.

غير أن مستلم التنبيه –المستأجر- قد يوافق مبدئيا على الإخلاء لكن ينازع فقط في قيمة تعويض الاستحقاق حينئذ يحق للطرف الذي يهمه التعجيل أن يرفع دعوى استعجالية يطلب فيها تعيين خبير لتقدير قيمة تعويض الاستحقاق ويجب أن يلحق تقرير الخبرة بملف الدعوى المرفوعة أمام المحكمة التي تفصل في الموضوع ومن ثم لا يختص القضاء المستعجل إلا بتعيين خبير يكلفه بمهمة تقدير قيمة تعويض الاستحقاق أما المصادقة على هذا التقرير وتقدير التعويض فيختص به قاضي الموضوع وهذا ما تقضي به المادة 194 من القانون التجاري.

وانطلاقا من تاريخ عدم اتفاق الطرفين ينشأ نزاع بينهما يجب عرضه على القضاء من أجل حسمه.

---

1 - إن تحديد بدل الإيجار يختص به قاضي الموضوع لكن الحكم الذي يصدره يخضع لأحكام القضاء المستعجل فهو معجل معجل النفاذ بقوة القانون ، وغير قابل للمعارضة ولا للاعتراض على النفاذ المعجل ويخضع لمواعيد الطعن التي تخضع لها الأوامر المستعجلة

2 تعويض الاستحقاق تم إلغاءه بموجب القانون رقم 02/05 المؤرخ في 2003/02/06 الذي يتضمن تعديل القانون التجاري

و لا يطبق تعويض الاستحقاق إلا بالنسبة للتجار الذين أنشأوا القاعدة التجارية قبل سريان القانون الجديد.

ويقع الالتزام بتوجيه التنبيه بالإخلاء في المحلات التجارية وعرض تعويض الاستحقاق من قبل المؤجر والاختيار يبقى مفتوحا أمام المعلن إليه و هو المستأجر إما أن يقبل إنهاء العقد وبالعرض الذي قدمه المؤجر . وبهذا القبول يضع حدا نهائيا لنزاع محتمل وإما أن يقبل مبدأ إنهاء العقد لكنه ينازع فقط في مقدار تعويض الاستحقاق المعروض عليه . وإما أن ينازع في سبب الإنهاء ، فيجب عليه أن يبلغ المؤجر بكل ذلك خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الإعلان.

إن التنبيه بمراجعة الأجرة كما يتبين سواء كانت هذه الأجرة عن المحلات السكنية أو التجارية وكذلك التنبيه بعدم تجديد عقد الإيجار الخاص بالمحلات التجارية يعد قيدا على رفع الدعوى يجب استيفاؤه مسبقا قبل رفع الدعوى أمام القضاء.

لكن التنبيه بالإخلاء الخاص بالمحلات السكنية والمهنية والأراضي الزراعية المنصوص عليه في القانون القديم فلا يعد قيدا على رفع الدعوى بل يعد شكلا لممارسة الحق الإرادي لإنهاء عقد إيجار المساكن والمحلات المهنية والأراضي الزراعية إذا كان عقدا غير محدد المدة على إثر توجيه التنبيه بالإخلاء فينتهي بانتهاء المدة المحددة في التنبيه فإذا بقي بعد ذلك المستأجر يعد شاغلا بغير حق يجوز طرده عن طريق القضاء المستعجل.

3- الحصول على إذن برفع الدعوى

هناك حالات لا يجوز للشخص أن يرفع الدعوى قبل حصوله على الإذن يسمح له برفع هذه الدعوى وقد نصت المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن يثير القاضي تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون.

فقد ينص المشرع على ضرورة الحصول على الإذن المسبق قبل رفع الدعوى أمام القضاء ومن الأمثلة على ذلك ما كان يشترطه قانون الولاية رقم 138/69 المؤرخ في 1969/05/23 إذ ينص في المادة 125 منه على ما يلي:

"يقرر المجلس الشعبي للولاية القضايا التي ترفعها الولاية لدى المحاكم و التي ترفع عليها و يمثل الوالي أمام القضاء "

ويتبين من هذا النص أنه يستوجب على الوالي أن يحصل على الإذن لرفع الدعوى أمام القضاء من المجلس الشعبي الولائي فإذا رفع الدعوى دون أن يحصل على الإذن يقضي بعدم قبولها في حين أن قانون الولاية الجديد قد ألغى هذا القيد.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد نص في التشريع الجزائري - ما عدا النص المذكور و الملغى - تنص على وجوب حصول الخصم على الإذن المسبق.

4- التظلم الإداري المسبق

إذا وقع اعتداء من الإدارة و طبقا لأحكام القواعد العامة يحق للمعتدى عليه أن يرفع الدعوى مباشرة على الإدارة غير أن القانون يشترط على متقاضي الإدارة أن يوجه تظلما مسبقا قبل رفع الدعوى وهذا ما كانت تقضي به المادة 275 من قانون الإجراءات المدنية القديم على ألا تقبل الطعون بالبطلان في القرارات الإدارية ما لم يسبقها التظلم الإداري المسبق.

أما في قانون الإجراءات المدنية والإدارية فلم يعد التظلم الإداري المسبق قيدا على رفع الدعوى أمام القضاء الإداري فقد نصت المادة 830 منه على أنه يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري تقديم التظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار ...

وما دام أصبح الأمر جوازيا للشخص فإنه من حقه أن يرفع الدعوى مباشرة أمام المحكمة الإدارية وتكون الدعوى في هذه الحالة مقبولة دون أن يوجه تظلما مسبقا [1].

1- إن الغاية من توجيه التظلم الإداري المسبق هو تمكين الإدارة من إعادة النظر في القرار الذي اتخذته. فإذا تبين لها أنه قرار باطل استطاعت أن تتدارك هذا الخطأ مما يجنبها المسؤولية.
أما إذا تبين لها أنه قرار صائب غير مشوب بأي عيب تمسكت به وهذا ما يمكن الشخص أن يراجع نفسه ويتوقف عند هذا الحد و يمتنع عن الالتجاء إلى القضاء.
أما إذا أصر بعد ذلك كل طرف على موقفه حينئذ يحق للشخص أن يرفع الدعوى أمام القضاء ويتبين من هذا التحليل أن الغاية من التظلم الإداري المسبق هو تمكين الإدارة من أن تتدارك أخطاءها مما يجنبها المسؤولية.
وتبعا لذلك فإن هذا الإجراء يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة لذلك كان لزوما أن يكون التظلم الإداري المسبق أمرا وجوبيا لا اختياريا لأنه لم يتقرر لمصلحة الخصم وإنما لمصلحة الإدارة.

المطلب الثاني
الطعن بالبطلان في التنبيه بالاخلاء

إن المستأجر الذي تلقى تنبيه بالاخلاء، لا يستطيع أن يمنع الآثار المترتبة على توجيهه لأنه بمجرد التعبير عن الإرادة وفق الشكل المقرر قانونا. وتلقي الاعلان من قبل من وجه إليه التنبيه يحدث الأثر القانوني.

ولا يستطيع الشخص المتلقي التنبيه، سواء كان هذا التنبيه قيدا على رفع الدعوى أو شكلا لممارسة الحق الإرادي أن يمنع الأثر المترتب عليه والمتمثل في إنهاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الإيجار، فإن هذا التنبيه باعتباره عملا قانونيا في كلا الحالتين يجب أن يستوفي شروطا يتطلبها القانون.

وتبعا لذلك لا يستطيع المعلن إليه، أن يعترض على الآثار المترتبة عن التنبيه ولكنه يستطيع أن يطعن بالبطلان في صحته، ويمكن الطعن فيه ابتداء من تاريخ تلقيه من قبل المعلن إليه.

وقد يكون التنبيه بالاخلاء - باعتباره عملا قانونيا - صحيحا أو معيبا، فإذا صدر وهو معيب، حق للمعلن إليه أن يطعن فيه بالبطلان، لكنه يجب أن يطعن فيه قبل انقضاء المهلة المحددة لانتهاء عقد الايجار، لأن الطعن في التنبيه بعد المهلة المحددة لانتهاء عقد الايجار قد يعد من قبله قبولا ضمنيا بالتنبيه والقبول به يصححه إذا كان معيبا.

ومن ثمة يحق للمستأجر أن يطعن بالبطلان في التنبيه بالاخلاء - باعتباره عملا قانونيا - وذلك إذا جاء مخالفا لنموذجه القانوني.

وتبعا لذلك لا يستطيع المؤجر أن يرفع الدعوى بصحة التنبيه بالإخلاء لأن البطلان الذي يشوب التنبيه بالإخلاء مقرر لمصلحة المستأجر ولا يجوز للمؤجر أن يطلب تصحيح البطلان الذي تسبب فيه.

غير أن هناك رأيا في الفقه يذهب إلى جواز رفع الدعوى بصحة التنبيه بالإخلاء من قبل المؤجر قبل المهلة المحددة لانتهاء عقد الإيجار للحصول على حكم بصحة التنبيه[1]، إلا أن دعوى صحة التنبيه بالإخلاء، تقوم على أساس مصلحة محتملة و عنصر الاحتمال مأخوذ من موقف من وجه إليه التنبيه.

فقد يطعن في صحته وقد لا يطعن فيه والدعوى القائمة على مصلحة محتملة تكون غير مقبولة أصلا.

المطلب الثالث
طبيعة الدفع الناشئ عن عدم استيفاء القيد

إن الغاية التي يسعى المشرع إلى تحقيقها من خلال اشتراط القيد قبل رفع الدعوى أمام القضاء، هو إمكان الوصول إلى اتفاق بين الطرفين لحل النزاع وديا.

فإذا ما قام الخصم برفع الدعوى قبل استيفاء القيد المقرر قانونا، وجب التصريح بعدم القبول لانتفاء المصلحة على أساس أنه لو قام الخصم باستيفاء هذا القيد، فقد يحصل على إشباع حاجته من الحماية القانونية، أما إذ لم يحصل عليها بعد استيفاء القيد ينشأ له الحق بعد ذلك في الدعوى، وبالتالي تكون الدعوى التي ترفع قبل استيفاء القيد المقرر قانونا دعوى قائمة على مصلحة محتملة.

وبذلك يساهم هذا القيد على تخفيف العبء على القضاء، يمنع عرض هذه المنازعات على القضاء ابتداء، بل يلزم الشخص أن يقوم باستيفاء القيد قبل - الالتجاء إلى القضاء -

---

1- أنظر السنهوري، عقد الإيجار، ص 572.
"يرى هذا الفقيه أنه لمن وجه إليه التنبيه أن يرفع الدعوى بمجرد وصول التنبيه إليه، ليطلب الحكم بالبطلان كذلك يجوز لصاحب التنبيه إذا خشي منازعة من الطرف الآخر أن يرفع الدعوى يطلب فيها الحكم بصحة التنبيه دون أن ينتظر ميعاد الإخلاء ليحصل على حكم يخوله التنفيذ بالإخلاء بمجرد حلول الميعاد دون حاجة إلى إصدار حكم يقضي بذلك.
إن هذا الرأي محل نظر ذلك أن دعوى صحة التنبيه بالإخلاء هي دعوى قائمة على مجرد مصلحة محتملة وعنصر الاحتمال مأخوذ من خشية صاحب التنبيه من منازعة الطرف الآخر في صحته فلا يكفي قبول الدعوى مجرد احتمال وقوع النزاع في المستقبل.
وعلى فرض قبول هذه الدعوى فإن الحكم الصادر بصحة التنبيه بالإخلاء حكم مقرر و بالتالي لا يقبل التنفيذ الجبري لطرد المستأجر بل يتعين على المؤجر أن يحصل على حكم ملزم فهو الذي يقبل التنفيذ الجبري.

ويترتب على عدم استيفاء القيد عدم قبول الدعوى ، على أساس أن المشرع قد وضع في يد الشخص وسيلة قد تمكنه من الحصول على الحماية القانونية دون الحاجة إلى استعمال وسيلة الدعوى ، وما تتطلبه من إجراءات طويلة وما تستغرقه من وقت, وما تضيفه من أعباء على القضاء .

ويهدف المشرع- من خلال اشتراط هذا القيد – تحقيق الصالح العام ، ومن ثمة فهو يتعلق بالنظام العام ، فيجب على المحكمة أن تثيره تلقائيا ، والمشرع نفسه قد أكد على طابع المصلحة العامة عندما نص في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه يحق للمحكمة أن تثير انعدام الإذن ، إذا كان لازما قبل رفع الدعوى ، والإذن ليس إلا أحد صور القيد.

ويجب التمييز بين القيد الذي يقرره القانون قبل رفع الدعوى يتعين استيفاؤه ، كما هو الشأن بالنسبة لإجراء محاولة الصلح في منازعات العمل ، والتنبيه بعدم تجديد العقد في المحلات التجارية ومراجعة الأجرة وغيرها ، وبين التنبيه بالإخلاء في المحلات السكنية والمهنية والأراضي الزراعية.

يتضمن التنبيه – في النوع الأول- إيجابا من قبل المعلن ، ويتوقف هذا الإيجاب على قبول الطرف المعلن إليه ، وتبعا لذلك قد يحصل الاتفاق بين الطرفين ، مما يجعل حلا نهائيا لنزاع محتمل ، وقد لا يحصل الاتفاق بين الطرفين ، وابتداء من تاريخ الرفض الصادر من المعلن إليه ، ينشأ الحق لصاحبه في رفع الدعوى أمام القضاء.

في حين أن التنبيه- في النوع الثاني- فهو يتعلق بوسيلة ممارسة الحق الإرادي ، فإنه بمجرد تعبير صاحب الحق عن إرادته طبقا للشكل القانوني وإعلانه إلى الطرف السلبي ، يترتب عليه الأثر القانوني ، ولذلك فهو لا يعد قيدا على رفع الدعوى ، وإنما هو شكل لممارسة الحق الإرادي.

وتبعا لذلك ، إذا رفعت الدعوى قبل استيفاء القيد فيحكم بعدم قبول الدعوى ، لانتفاء المصلحة في حين إذا رفعت الدعوى دون توجيه التنبيه بالإخلاء لإنهاء عقد الإيجار غير محدد المدة في المحلات السكنية والمهنية والأراضي الزراعية ، فيحكم بعدم القبول لانتفاء المصلحة أيضا ، لا لكون التنبيه في هذه الصورة قيدا على رفع الدعوى ، بل أن الأمر يتعلق بوسيلة لممارسة الحق الارادي ، فلا يحتاج الشخص إلى رفع الدعوى فهو يستطيع أن يحصل عن طريق ممارسته لحقه الإرادي ، بواسطة التنبيه بالإخلاء على إنهاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الإيجار.

غير أنه يمكن للمستأجر أن ينازع في عدم انقضاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الإيجار، إذا جاء التنبيه بالإخلاء مخالفا لنموذجه القانوني، فيتمسك المستأجر بعدم انقضاء هذا المركز وأنه ما يزال قائما، استنادا إلى أن المركز القانوني الناشئ عن عقد الإيجار غير المحدد المدة، لا ينتهي إلا بناءا على التنبيه بالإخلاء الذي استوفى جميع شروط صحته.

إن المستأجر لا يستطيع أن ينازع المؤجر في حقه في انتهاء هذا المركز، بل يمكن المؤجر أن ينهي هذا المركز طبقا لما يتمتع به من حق إرادي في ذلك ولا يملك المستأجر أن يعترض أو ينازعه في ذلك.

وإنما ما يملكه سوى الطعن بالبطلان في صحة استعمال الحق الإرادي أي أن يطعن في وسيلة ممارسة الحق الإداري المتمثلة في التنبيه بالإخلاء و أنه مشوب بعيب من العيوب التي تبطله.

وتبعا لذلك يكون الحكم الصادر في الدعوى لعدم استيفاء القيد المقرر قانونا، هو حكم بعدم القبول لانتفاء المصلحة.

أما الحكم الصادر في الدعوى لعدم توجيه التنبيه بالإخلاء في المحلات السكنية وغيرها، هو حكم بعدم القبول أيضا. ولكنه يختلف عن الحكم الصادر بعدم القبول لعدم استيفاء القيد المقرر قانونا في السبب، فسبب هذا الأخير هو انتفاء المصلحة، لأن الخصم قد يحصل على الحماية القانونية عن طريق استيفاء القيد، كما هو الشأن في إجراءات محاولة الصلح في منازعات العمل، فقد يحصل الاتفاق بين الطرفين، ومن ثم تصبح الدعوى غير مقبولة لأنها قائمة على مصلحة محتملة.

أما الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى لعدم توجيه التنبيه بالإخلاء في المساكن، فيعود السبب في ذلك إلى أن الخصم لا يحتاج إلى رفع الدعوى أمام القضاء، لأن صاحب الحق الإرادي عندما يريد أن ينهي المركز القانوني الناشئ عن عقد الإيجار غير محدد المدة أن يستعمل حقه الإرادي وفق الشكل القانوني، والدعوى ليست هي الشكل القانوني لممارسة الحق، وبالتالي تكون هذه الدعوى – إذا رفعها في هذه الحالة- غير مقبولة لعدم وقوع أي اعتداء على حق المؤجر.

ولكن إذا بقي المستأجر بعد توجيه إليه التنبيه بالإخلاء – في الأماكن، فيعد حينئذ شاغلا بغير حق، يحق للمستأجر أن يرفع عليه دعوى إستعجالية للمطالبة بطرده من هذه العين.

والحكم الصادر بعدم قبول الدعوى لعدم استيفاء القيد ، لا يحوز على حجية الأمر المقضي به ، فيحق لمن له مصلحة أن يعيد رفع الدعوى أمام نفس الجهة القضائية ، وذلك بعد استيفاء القيد أمام نفس الجهة القضائية ، وذلك بعد تصحيح التنبيه بالإخلاء .

وإذا وجه المؤجر التنبيه بالإخلاء إلى المستأجر يترتب عليه إنهاء عقد الإيجار ويصبح المستأجر بلا سند ، فإذا رفض تسليم العين المؤجرة بعد انتهاء المدة المحددة في التنبيه ، جاز للمؤجر أن يرفع دعوى استعجالية يطلب فيها بطرده من العين ، ويكون القضاء المستعجل مختصا بذلك.

المبحث الرابع
مدى تعلق شروط المصلحة بالنظام العام

تقديم وتقسيم

لقد انتهينا إلى إن الحق في الدعوى ليس بذات الحق الذي تحميه ، ويترتب على ذلك اختلاف الدفع الذي يوجه إلى إنكار الحق الموضوعي عن الدفع الذي يوجه إلى إنكار الحق في الدعوى وأن مناط الدعوى هي المصلحة ، ومن ثمة فإن الوسيلة التي يتمسك بها لإنكار المصلحة في الدعوى هي الدفع بعدم القبول ، في حين أن الوسيلة التي يتمسك بها لإنكار الحق الموضوعي هي الدفع الموضوعي.

وتبعا لذلك ، فإن السؤال الذي يطرح هو: هل يحق للمحكمة أن تقضي تلقائيا بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة ؟

إن المشرع قد نص على حق المحكمة أن تقضي تلقائيا بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة أو لعدم استيفاء القيد المقرر قانونا قبل رفع الدعوى تلقائيا ، لكنه نجده قد سكت عن أحكام الدفع لانتفاء المصلحة ، فهل يفهم من مسلك المشرع أنه وعندما بين أحكام الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة وعدم استيفاء القيد وسكوته عن أحكام الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة -وحسب مفهوم المخالفة- أنه لا يتعلق بالنظام العام ؟ ومن ثمة لا يجوز للمحكمة أن تثيره تلقائيا.

إن سكوت المشرع — وفي اعتقادنا- عن عدم تحديد طبيعة الدفع بعدم القبول لانتفاء المصلحة ، لا يعني أن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام ، بل يعود إلى طبيعته الخاصة.

ذلك أن الدفع بعدم القبول يتميز بطبيعة خاصة ، فهو في بعض الأحيان يتفق مع الدفوع الموضوعية ويختلف عن الدفوع الإجرائية [1] ، وفي أحيان أخرى يختلف عن كل من الدفوع الإجرائية والموضوعية ويأخذ مركزا مستقلا عنهما ، ومن ثم لا يمكن إخضاع الدفع بعدم القبول لانتفاء المصلحة إلى حكم واحد ، وأن سكوت المشرع عن الأحكام الخاصة به يعود أساسا إلى أنه يستعصي إخضاعه لحكم واحد ، وهذا لا يعني أن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام في مختلف صوره ، وهي المسألة التي أتطرق إليها في المطالب التالية:

المطلب الأول
الدفع بعدم القبول لانتفاء المصلحة

لقد تطرقنا -فيما سبق- إلى تعريف المصلحة في الدعوى ، وهي تعني الحاجة إلى الحماية القضائية ، وكل دعوى -وطبقا للقاعدة العامة- يجب أن تكون قائمة على مصلحة ، لأن هذه الأخيرة هي مناط كل دعوى فلا تجوز مباشرتها إذا كان رافعها لا يجني منها أية فائدة مادية أو معنوية ، فإذا تبين من وقائع القضية أن رافع الدعوى لا يجني منها أية فائدة ، فهل يجوز للقاضي أن يثير ذلك تلقائيا ولو لم يتمسك بذلك الخصم ؟

وتبعا لذلك يثور التساؤل حول الدفع بعدم القبول لانتفاء المصلحة ، ما إذا كان يتعلق بالنظام العام أم لا؟

إن الإجابة على هذا السؤال تجرنا إلى القول ، أن مرفق القضاء أنشئ بغرض إشباع حاجة الناس الحقيقة من الحماية القضائية ، ولم ينشأ هذا المرفق يكون محل عبث ، وأن يستعمل في غير الغرض الذي وجد من أجله.

---

1 - أحمد أبو الوفا المرجع السابق ، ص 774.

مما يؤدي إلى شغل وقته بدون فائدة ، مما ينعكس سلبا على السير الحسن له . وأن كل ما يتعلق بالسير الحسن لمرفق القضاء ، يعد متعلقا بالنظام العام ، ومن ثمة يعتبر الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة دفعا متعلقا بالنظام العام ، يحق للقاضي أن يثيره تلقائيا وفي أية مرحلة كانت عليها الدعوى.

وإلى جانب توافر المصلحة في الدعوى يجب أن تستوفي شروطها وذلك ما أتطرق إليه فيما يلي:

المطلب الثاني
الدفع بعدم قانونية المصلحة

من شروط قبول الدعوى أمام القضاء ، أن تتوافر فيها المصلحة ، وأن تكون هذه الأخيرة من المصالح التي يقرها القانون ، ومن ثمة يثور التساؤل حول تخلف هذا الشرط ، أيحق للمحكمة أن تقضي بعدم القبول الدعوى تلقائيا استنادا إلى عدم قانونية المصلحة ؟. كالدفع بعدم قبول الدعوى الناشئ عن طلب الفوائد الربوية ، أو الدفع بعدم قبول طلب أداء الدين المترتب عن القمار ، أو الدفع بعدم قبول الدعوى لعدم مشروعية المصلحة ، أو الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها أو الدفع بعدم قبول الدعوى لسقوط الحق بالتقادم أو الدفع بعدم قبول الطعن لرفعه خارج الأجل القانوني.

ويتضح -من هذه الأمثلة- أن المصلحة في الدعوى هي مصلحة غير قانونية ، وعدم قانونية المصلحة قد يرجع إلى انعدام وجود الحق الموضوعي ، وأنه لم ينشأ في عالم القانون ، كالدفع بعدم قبول الدعوى الناشئ عن الفوائد الربوية أو عن القمار ، فينشأ عن عدم ميلاد الحق الموضوعي في عالم القانون دفعان أحدهما دفع بعدم القبول ، ويرجع فيه السبب إلى عدم قانونية المصلحة ، لأن القانون لا يقر بنوع هذه المصلحة ، والآخر دفع الموضوعي استنادا إلى عدم وجود الحق الموضوعي، أو أن الحق الموضوعي لم ينشأ في عالم القانون.

وبذلك إذا تمسك الخصم بعدم قبول الدعوى تكون المصلحة غير قانونية استنادا إلى أن الحق الموضوعي لم ينشأ في عالم القانون ، فيستطيع القاضي أن يكيف القضية على

أساس تخلف شرط المصلحة كونها غير قانونية ويقضي بعدم القبول ، أو يكيف القضية على أساس أن الحق الموضوعي لم ينشأ في عالم القانون. وبالتالي فالحق الذي يطالب به الخصم غير موجود ، فيقضي في الدعوى برفضها.

إما إذا كان الدفع بعدم قبول الدعوى ، لكون المصلحة غير قانونية ، ويرجع ذلك إلى عدم توافر الحق في الدعوى كالدفع الناشئ عن عدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها ، أو عدم قبول دعوى الحيازة لعدم رفعها في الميعاد القانوني ، أو عدم قبول دعوى المديونية لسقوطها بالتقادم ، أو عدم قبول الطعن لرفعه خارج الأجل القانوني.

ففي هذه الصورة فالحق قد نشأ في عالم القانون وقد سقطت عنه وسيلة حمايته المتمثلة في الدعوى القضائية ، وتبعا لذلك يكون الدفع بعدم القبول الذي نشأ عن تخلق أحد شروط الحماية القضائية ، في هذه الصور لا يحتمل إلا تكيفا واحد ، هو الدفع بعدم القبول.

نظرا للطبيعة التي يتميز بها الدفع بعدم القبول لعدم قانونية المصلحة ، لا يمكن تقرير حكم عام يسرى على سائر الدفوع بعدم القبول ، ذلك أن منها ما يتعلق بالنظام العام إذا كان سبب عدم القبول يرجع إلى أن الحق الموضوعي لم ينشأ في عالم القانوني ، كالدعوى التي يرفعها الخصم للمطالبة بالفوائد الربوية ، ومنها ما لا يتعلق بالنظام العام ، كالدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها إذ يجب على الخصم أن يتمسك به ولا تستطيع المحكمة أن تثير تلقائيا ، وذلك طبقا لما تقضي به إعادة 2/338من القانون المدني ، وكالدفع بعدم القبول لكون الحق المطالب به قد تعرض للسقوط بالتقادم.

ولذلك يجب البحث –في كل مرة- فيما إذا كان الدفع بعدم القبول ، يتعلق بالنظام العام أم لا؟

كالدفع بعدم قبول دعوى الحيازة لرفعها بعد انقضاء سنة من تاريخ التعرض لها ، إذ يبقى هذا البحث عن غاية القاعدة القانونية ، فيما إذا كانت تهدف إلى حماية المصلحة العامة أم أنها تهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة ؟

ذلك أن المادة 2/524 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أن "لا تقبل دعاوي الحيازة ، إذا لم ترفع خلال سنة من تاريخ التعرض لها"

فإن السؤال يبقى مطروحا حول تحديد الغاية التي تهدف إليها هذه القاعدة إلى تحقيقها ؟ فهل تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة أم أنها تهدف إلى تحقيق مصلحة الحائز ؟

فإذا قلنا أن ما تهدف القاعدة القانونية إلى تحقيقه هي حماية المصلحة العامة ، وذلك بالمحافظة على الاستقرار بحماية الأوضاع الظاهرة ، فهي بذلك تهدف إلى تحقيق الصالح العام ، ومن ثمة يكون الدفع بعدم قبول دعوى الحيازة التي رفعها الحائز بعد مضي سنة من التعرض دفعا يتعلق بالنظام العام ، يحق للمحكمة أن تثيره تلقائيا.

أما إذا قلنا أن هذه القاعدة تهدف إلى حماية مصلحة الحائز ، ومن ثمة فهي تهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة وتبعا لذلك يصبح الدفع بعدم القبول ، لا يتعلق بالنظام العام.

ولذلك يجب البحث في الدفع بعدم القبول إذا كان قائما على مصلحة غير قانونية ، وذلك إذا نشأ عن تخلف شروط الحماية القانونية ، فهو دفع يتعلق بالنظام العام في كل الأحوال. أما إذا كان ناشئا عن تخلف شروط الحماية القضائية ، فهو دفع قد يتعلق بالنظام العام ، وقد لا يتعلق به حسب الأحوال.

هذا فيما يتعلق بشرط المصلحة ، وهي أن تكون قانونية ، ويبقى الشرط الآخر ما إذا كان يتعلق بالنظام العام أم لا وهو الشرط المتعلق بالمصلحة أن تكون قائمة وحالة وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

المطلب الثالث
الدفع بعدم القبول لكون المصلحة غير قائمة ولاحالة

لقبول الدعوى أمام القضاء ، يجب أن تكون المصلحة قائمة وحالة ، والمقصود بالمصلحة الحالة والقائمة -كم رأينا فيما سبق- أن يقع الاعتداء على الحق الموضوعي بالفعل ، ولا تقبل الدعوى حتى لو كان الاعتداء وشيك الوقوع كأصل عام.

وتبعا لذلك ، إذا رفع الشخص الدعوى أمام القضاء ، دون أن تكون المصلحة فيها قائمة وحالة ، فماذا يجب على المحكمة أن تقوم به ، فهل يحق لها أن تثير ذلك تلقائيا ؟

فالجواب عن هذا السؤال هو: أنه بالرجوع إلى ما يهدف إليه مرفق القضاء لتحقيقه، فهو يهدف إلى إشباع حاجة الناس من الحماية القضائية، لأن الشخص لا يستطيع أن يقتضي حقه بنفسه. وإنما إذا وقع على حق اعتداء حق له أن يلجأ إلى مرفق القضاء لإفادته بالحماية القضائية اللازمة، في حين أنه إذا لجأ إلى مرفق القضاء دون أن يقع عليه أي اعتداء على حقه أو مركزه القانوني، فيكون قد استعمل مرفق القضاء في غير الغرض الذي وجد من أجله. وشغله بقضايا لا تعود على صاحبه بأية فائدة أو منفعة، مما ينعكس سلبا على السير الحسن لمرفق القضاء، وأنه وكل ما يتعلق بالمساس بحسن سير مرفق القضاء يتعلق بالنظام العام.

وتبعا لذلك، يصبح الدفع بعدم قبول الدعوى، لكون المصلحة فيها غير قائمة ولا حالة دفعا يتعلق بالنظام العام، ومن ثمة يجب القضاء بعدم قبول الدعوى.

وهذا ما يؤكد عليه الفقه[1]، على أنه إذا لم يقع اعتداء على الحق أو المركز القانوني، فيجب الحكم بعدم قبول الدعوى تلقائيا، لتعلق ذلك بالنظام العام.

ويستخلص مما تقدم، أن الدفع بعدم القبول إذا كان يرجع أساسا إلى عدم نشأة الحق الموضوعي في عالم القانون أي يرجع إلى تحلف شروط الحماية القانونية، ففي هذه الحالة يتعلق الدفع بعدم القبول بالنظام العام .

أما إذا كان الدفع بعدم القبول يرجع إلى تخلف شروط الحماية القضائية، فهذا الدفع لا يحتمل إلا وصفا واحدا وهو الدفع بعدم القبول، ومنه ما يتعلق بالنظام العام ومنه ما لا يتعلق به.

أما الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة، وأن هذه الأخيرة غير قائمة ولا حالة، فهو دفع يتعلق بالنظام العام على الدوام .

إن تنوع صور إحكام الدفع بعم القبول، لانتفاء المصلحة وشروطها في الدعوى، وما يتطلبه من نظر لمعرفة ما يتعلق منه بالنظام العام، وما لا يتعلق به هو السبب الذي جعل المشرع أن يحجم عن الإفصاح عن الأحكام الخاصة به، وترك ذلك لاجتهاد القضاء، حيث يقرر في كل حالة ما إذا كان يتعلق بالنظام العام أم لا، وهذا ما تؤكد عليه المادة 69 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيما يلي:

1- فتحي الوالي، المرجع السابق، الوسيط، ص 439.

"يجب على القاضي أن يثير تلقائيا الدفع بعدم القبول إذا كان من النظام العام ......"

وذلك هو السبب الذي جعل المشرع أن يقوم بتحديد النظام القانوني للدفع بعدم القبول لانتفاء الصفة أو لعدم استيفاء القيد ، وسكت عن الدفع بعدم القبول الخاص بشرط المصلحة في الدعوى بعد أن تطرقت إلى الدعوى وشروط قبولها ، أنتقل الآن إلى دراسة التقسيمات المختلفة للدعاوى القضائية ، وذلك على الوجه التالي:

الفصل الثالث
تقسيم الدعاوي القضائية

تمهيد وتقسيم

يمكن تقسيم الدعاوى إلى عدة تقسيمات ، وذلك بالنظر إلى طبيعة الحق الذي تستند إليها ، أو إلى طبيعة محل الحق الذي تحميه.

وتبعا لذلك ، فهي تقسم إلى دعاوي شخصية ودعاوى عينية ودعاوى مختلطة ، وقد تقسم من حيث موضوع أو محل الحق إلى دعاوى عقارية ودعاوي منقولة ، كما تقسم من حيث صور الحماية القضائية, و كذلك تقسم إلى دعاوى الحق ودعاوى الحيازة ، من جانب آخر قد تقسم بحسب نوع الحماية القضائية ، إلى دعاوى موضوعية ودعاوى وقتية.

ويرتب القانون على كل تقسيم من هذه التقسيمات آثارا قانونية وتبعا لذلك سأتناول تلك التقسيمات حسب المباحث التالية:

المبحث الأول: أنواع الدعاوى القضائية

المبحث الثاني: دعاوى الحق و دعاوى الحيازة

المبحث الثالث: الدعاوى الموضوعية و الدعاوى الوقتية

والى تفصيل هذه المسائل فيما يلي:

المبحث الأول
أنواع الدعاوى القضائية

قد يكون محل الحق عقارا أو منقولا و من ثمة سأتناول في المطلب الأول تقسيم الدعاوى بالاستناد إلى حق محل الحماية القضائية وفي المطلب الثاني أتناول فيه تقسيم الدعاوى بالاستناد إلى محل الحق المدعى به وفي المطلب الثالث أتناول فيه تقسيم الدعاوى بالنظر إلى صور الحماية القضائية وذلك على الوجه التالي :

المطلب الأول
تقسيم الدعاوى بالنظر إلى الحق محل الحماية

تقسم الحقوق طبقا للتقسيم التقليدي إلى حقوق شخصية وحقوق عينية وتبعا لذلك تقسم الدعاوى التي تحمي هذه الحقوق إلى:

- الدعاوى الشخصية و الدعاوى العينية: فالحق الشخصي هو رابطة بين شخصين دائن ومدين يخول للدائن – بمقتضاها - مطالبة المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل[1] وتبعا لذلك فإن الدعوى الشخصية هي التي تهدف إلى حماية هذا الحق وهي توجد في مواجهة شخص معين سلفا وقبل نشأتها وهو الطرف السلبي في الرابطة القانونية أي المدين.

أما الحق العيني هو سلطة معينة يعطيها القانون لشخص معين على شيئ معين[2] و من ثم فإن الدعوى العينية هي تهدف إلى حماية هذا الحق.

1- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد طبعة 1952 ، دار النشر للجامعات المصرية ، ض 103.

2- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ط 1952 ، ص 103.

وتوجد في مواجهة من يعتدي على الحق العيني وهو غير معروف سلفا لأن الحق العيني يوجد في مواجهة الكافة [1]، وهي تحمي جميع الحقوق العينية سواء كانت أصلية كحق الملكية [2] أو حقوق متفرعة عنها كحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكن [3] أو حقوق عينية تبعية كحق الرهن وحق التخصيص [4].

وتقوم التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني على أساس أن الحق الشخصي يخول لصاحبه الحق في مطالبة شخص آخر بالأداء، استنادا إلى الرابطة القانونية التي توجد بينهما [5] وترفع هذه الدعوى على الطرف السلبي في هذه الرابطة وهو المدين أو من يحل محله في الالتزام كالخلف العام و هذا ما تقضي به المادة 108 من القانون المدني على أن ينصرف العقد إلى المتعاقدين وإلى الخلف العام ومن الأمثلة على الدعاوى الشخصية دعوى المستأجر على المؤجر لمطالبته بتسليم العين المؤجرة.

في حين أن الحق العيني يخول لصاحبه سلطة قانونية مباشرة على شيء معين و يتقرر هذا الحق لصاحبه على عين معينة بذاتها و ترفع هذه الدعوى من شخص يدعي هذا الحق على الشخص الذي انتقلت إليه حيازة هذه العين.

وتبعا لذلك توجد الدعوى العينية لكل شخص انتقل إليه الحق العيني [6] في مواجهة من انتقلت إليه حيازة هذا الشيء.

ومن الأمثلة على الدعاوى العينية دعوى الاستحقاق و دعوى تقرير حق الارتفاق ودعوى إنكار الحق العيني على العقار [7].

1- فتحي والي : الوسيط ، ص 77.

2 - انظر المادة 674 مدني التي تعرف الحقوق العينية الأصلية.

3 - انظر المادة 844 مدني التي تعرف الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية.

4 - المادة 882 و ما يليها من القانون المدني التي تعرف الحقوق العينية التبعية.

5 - إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 186.

6 - نبيل إسماعيل عمر، أصول المحاكمات، المرجع السابق، ص 202.

7- أحمد أبو الوفا، المرافعات، المرجع السابق، ص 123.

2- الدعاوى المختلطة

تقسم الحقوق إلى حقوق شخصية وعينية وتبعا لذلك لا توجد في عالم القانون بما يسمى بالحقوق المختلطة حيث يمتزج فيه الحق الشخصي بالحق العيني فالحق إما أن يكون حقا شخصيا أو حقا عينيا ويتبع هذا التقسيم للحقوق التقسيم للدعاوى القضائية التي تحمي تلك الحقوق.

إن الدعوى المختلطة في حقيقتها وكما يرى جانب من الفقه [1] ليست إلا دعوى تستند في ذات الوقت إلى حقين حق شخصي وحق عيني فيجمع المدعي في دعواه بين هذين الحقين الناشئين عن عمل قانوني واحد.

ومن الأمثلة على الدعوى المختلطة دعوى المشتري على البائع التي يطالب فيها تسليم العقار المبيع تنفيذا لعقد البيع و دعوى البائع على المشتري التي يطلب فيها فسخ العقد و استرداد العقار المبيع.

ففي الدعوى الأولى تتضمن حقين أحدهما حق شخصي يتمثل في التزام البائع بتنفيذ التزامه عينا و الآخر عينا يتمثل في تسليم العقار.

أما في الدعوى الثانية فهي أيضا تتضمن حقين أحدهما حق شخصي يتمثل في طلب فسخ عقد البيع و الآخر عيني يتمثل في استرداد العقار المبيع.

إذا تستند هذه الدعوى إلى حق شخصي وحق عيني توجد بينهما علاقة تبعية وهي عبارة عن دعويين دعوى شخصية ودعوى عينية تباشر معا لوجود الارتباط بين الطلبين [2] فيمكن رفع دعوى فسخ العقد وهذه الدعوى تستند إلى حق شخصي ودعوى استرداد العقار وهي تستند إلى حق عيني ولوجود الارتباط بينهما فيكون من حسن سير العدالة أن ترفع معا وإذا رفعت كل دعوى على حدة فسوف يحكم بضم إحداهما للآخر ليصدر فيهما حكم واحد.

---

1 - إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 188.
2 - فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 188.

المطلب الثاني
تقسيم الدعاوى بالنظر إلى موضوع الحق المدعى به

تقسم الدعاوى من حيث موضوع الحق المدعى به إلى دعاوى عقارية ودعاوى منقولة استنادا إلى محل أو موضوع الحق المدعى به وعادة ما يكون شيئا ماديا وهذا الأخير قد يكون عقارا أو منقولا.

وتقوم التفرقة بين الدعاوى العقارية والدعاوى المنقولة بالرجوع إلى المال المراد حمايته ومن ثمة يتبادر إلى الذهن سؤال: فما هو المعيار الذي يمكن الاعتماد عليه من أجل التمييز بين العقار والمنقول [1]، والعقار ينقسم إلى عقار بطبيعته وعقار بالتخصيص وعليه تكون الدعوى العقارية إذا كان موضوع الحق الذي تحميه عقارا أما إذا كان موضوع الحق ليس عقارا فالدعوى حينئذ تكون منقولة.

وجدير بالملاحظة فإن التقسيمين السابقين يتداخلان فيما بينهما كذلك قد يتبادر السؤال إلى الذهن فما هي أهمية هذه التقسيمات و ننظر كل ذلك كما يلي:

1 - انظر المادة 683 من القانون المدني التي تعرف العقار كما يلي:
" العقار هو كل شيء مستقر بحيزه و ثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول .."

اولا: تداخل التقسيمين

الدعوى العينية قد تكون عقارية أو منقولة والدعوى الشخصية قد تكون عقارية أو منقولة وتبعا لذلك يمكن تقسيم الدعاوى على ضوء ذلك كما يلي:

1- الدعوى العينية العقارية: الدعوى العينية العقارية هي التي يستند فيها المدعى إلى حق عيني على العقار كدعوى الاستحقاق ودعوى الحيازة التي يرفعها الحائز لحق عيني على من ينازعه في حيازته[1] , فهي عينيه لأنها تستند إلى حق عيني,و عقارية لأن محل الحق الذي يرمي إلى حمايته,هو عقار.

2- الدعوى العينية المنقولة: الدعوى العينية المنقولة هي الدعوى التي يستند فيها المدعى إلى حق عيني على المنقول مثل الدعوى التي يرفعها المدعي ويطلب فيها بملكية السيارة فهي عينية لأنها تستند إلى حق عيني ومنقولة لأن محل الحق الذي ترمي إلى حمايته هو منقول.

3- الدعوى الشخصية العقارية: الدعوى الشخصية العقارية هي الدعوى التي يستند فيها المدعي إلى حق شخصي ويكون محل هذا الحق عقارا ، كدعوى الفسخ أو الإبطال التي يرفعها بائع العقار على المشتري مطالبا استرداد العقار[2] فتعتبر دعوى شخصية لأنها تستند إلى حق الفسخ.

أو الإبطال وهو حق شخصي و دعوى عقارية لأنها تهدف إلى استرداد العقار المبيع[3].

4 - الدعوى الشخصية المنقولة: الدعوى الشخصية المنقولة هي الدعوى التي يستند فيها المدعي إلى حق شخصي ويكون محل هذا الحق منقولا ، كالدعوى التي يرفعها المشتري على البائع لمطالبته بتسليم الشيء المبيع وهو السيارة فهي دعوى شخصية لأن رافعها يستند إلى مطالبة المدين بتنفيذ التزامه عينا ويستند في ذلك إلى حق شخصي ومنقولة لأنها تتعلق بحق شخصي على منقول.

1- ابراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 188.
2 - وجدي راغب فهمي ، المرجع السابق ، ص 163.
3- أحمد أبو الوفا ، المرافعات ص 123.

ثانيا: أهمية هذه التقسيمات

إن أهمية هذه التقسيمات تنحصر في مجال تحديد اختصاص المحكمة المحلي حيث تقضي القاعدة العامة المنصوص عليها بالمادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه[1].

فترفع جميع الدعاوى أمام المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها موطن المدعى عليه مالم يوجد نص في القانون يقضي خلاف ذلك.

غير أن هناك من الدعاوى التي تخرج عن نطاق هذا التقسيم ، وهي تلك الدعاوى التي لا تستند إلى الحقوق المالية مثل الدعاوى التي تتعلق بحالة الأشخاص كدعوى التطليق، ودعاوى أثبات النسب ودعاوى الحجر ودعاوى الفسخ ودعاوى التزوير الأصلية, فلا تعد من الدعاوى الشخصية ولا من الدعاوى العينية, لأنها لا تستند إلى الحق الشخصي أو الحق العيني[2].

وتبعا لذلك فقد ثار خلاف بشأن هذه الدعاوى غير أن هذا الخلاف وكما يرى الاتجاه الغالب في الفقه فلا أهمية له استنادا إلى القاعدة العامة التي تنص على أن ما لا يعتبر عقارا فهو منقول ومن ثمة اعتبار تلك الدعاوى دعاوى شخصية تخضع لحكم القاعدة العامة في الاختصاص الإقليمي مالم ينص القانون على خلاف ذلك.

وهناك تقسيمات أخرى للدعاوى القضائية وهي التي أتطرق إليها كما يلي:

---

1 - وقد ذهب بعض الفقه إلى اعتبار الاختصاص الإقليمي للمحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها العقار اختصاصا يتعلق بالنظام العام على اعتبار أن هذا الاختصاص يهدف إلى تحقيق حسن سير العدالة لا يجوز الاتفاق على مخالفته..... أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 125.

أصبح الاختصاص الإقليمي في المواد الإدارية للمحاكم الإدارية من النظام العام طبقا لما تقضي به المادة 807 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

2 - أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 124.

المطلب الثالث
تقسيم الدعاوى بالنظر إلى صور الحماية القضائية

تقسم الدعاوى بالنظر إلى صور الحماية القضائية:

إن الحماية القضائية قد تمنح في صورة تأكيد لحق أو مركز قانوني وقد تمنح في صورة تغيير، وقد تمنح في صورة تأكيد الالتزام الذي يفرضه القانون جزاء الاعتداء الذي يكون قد وقع عليهما ، وهذه الصور هي التي تعتبر من الصور الحماية القضائية الموضوعية[1] تميزا لها عن الصور الحماية الوقتية.

وتبعا لذلك تقسم الدعاوى القضائية التي تهدف إلى الحصول على الحماية القضائية الموضوعية إلى دعاوى تقريرية ودعوى منشئة ودعاوى الالزام ومن ثمة يكون الحكم الذي يصدر في إحدى هذه الدعاوى انعكاسا لها فيكون بحسب صورة الحماية القضائية المراد الحصول عليها فإما أن يكون حكما مقررا أو منشئا أو ملزما و أتناول كل دعوى على حدة فيما يلي:

1 - الدعوى التقريرية

الدعوى التقريرية هي التي تهدف إلى الحصول على حكم قضائي يؤكد في النهاية وجود أو عدم وجود حق أو مركز قانوني معين.

وبهذا التأكيد يزول الشك حول هذا الوجود مما يؤدي إلى إشباع الحاجة من الحماية القضائية وينظر من خلال هذه الدعوى إلى الحق أو المركز القانوني ما إذا وجد في عالم القانون من عدمه ولذلك فإن الدعوى التقريرية لا تواجه اعتداء يظهر في شكل مخالفة الإلزام وإنما تواجه مجرد اعتراض أو إنكار للحق أو المركز القانوني[2].

---

1 - فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 81.

2 - فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 112.

ويكفي لرد هذا الاعتراض أو الإنكار أن يصدر حكم من القضاء يؤكد وجود هذا الحق أو المركز القانوني من عدمه مما يترتب عليه زوال حالة الشك وعدم اليقين وأنه وبمجرد صدور هذا التأكيد تشبع الحاجة من الحماية القضائية دون حاجة أن يتضمن هذا القضاء أي إلزام[1].

ومن صور الدعاوى التقريرية دعوى إلغاء قرار تسريح العامل من منصب عمله . فترمي هذه الدعوى إلى صدور حكم يقضي إما برفض دعوى العامل ولذلك فهي تؤكد انقضاء علاقة العمل بين العامل ورب العمل وبهذا التأكيد يضفي هذا الحكم اليقين القانوني على العلاقة التي تربط كلا من العامل ورب العمل وإما أن تنتهي هذه الدعوى إلى حكم بإلغاء قرار التسريح وبذلك فهي تؤكد وجود علاقة العمل وأنها ما تزال لم تنقض بعد وبهذا التأكيد حيث يؤدي إلى زوال الشك القائم حول علاقة العمل.

ذلك أن رب العمل وكذا العامل بمجرد إبرام عقد العمل غير محدد المدة يملك حقا إراديا يخول له إنهاء المركز القانوني الناشئ عن علاقة العمل.

لكن ممارسة هذا الحق يجب أن يخضع إلى الشكل المقرر قانونا فإذا مارس رب العمل حقه في إنهاء علاقة العمل ومارسه وفق الشكل القانوني . يؤدي ذلك إلى إنهاء علاقة العمل دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء.

وتبعا لذلك يحق للعامل أن يرفع الدعوى أمام القضاء – ليس للاعتراض على حق رب العمل في إنهاء علاقة العمل- يعترض فيها على أن رب العمل لم يمارس حقه الإرادي وفق الشكل المقرر قانونا ، أولم يحترم إجراءات التسريح التعسفي ، وبذلك وقعت هذه الممارسة خلاف الشكل القانوني فإن ذلك لا يؤدي إلى انقضاء المركز القانوني الناشئ عن علاقة العمل وإنما ما تزال قائمة فإن القاضي يقوم بالبحث ما إذا مارس رب العمل حقه الإرادي وفق الشكل القانوني فيؤدي ذلك إلى انقضاء المركز القانوني للعامل فينتهي القاضي إلى تأكيد هذه النتيجة.

---

1 - فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 113.

إما إذا تبين له أن رب العمل لم يمارس حقه الإرادي وفق الشكل القانوني أو أنه لم يحترم إجراءات التسريح التعسفي ، وبالتالي لا يؤدي ذلك إلى انقضاء علاقة العمل فينتهي القاضي إلى تأكيد أن علاقة العمل لم تنقض.

وتبعا لذلك فإن العامل عندما يرفع الدعوى أمام القضاء للمطالبة بإلغاء قرار التسريح التعسفي فهو في الحقيقة لا يعترض على حق رب العمل في انهاء علاقة العمل وليس من حقه أن يعترض على ذلك ، وإنما يطعن بالبطلان في إجراءات استعمال الحق الإرادي أو في إجراءات التسريح التأديبي أي في إجراءات إنهاء علاقة العمل من قبل رب العمل[1].

1– أنظر القرار الصادر بتاريخ 2010/12/23 رقم 615762 عن المحكمة العليا الغرفة المدنية القسم الثالث ، غير منشور حيث جاء فيه ما يلي :

" حيث أنه و كما هو مستقر عليه قانونا و قضاءا ، أن الأحكام التي يصدرها القضاء ، تنحصر في ثلاثة أنواع وهي إما أن تكون أحكاما مقررة أو منشئة أو ملزمة.

وحيث أن كلا من الحكم المقرر أو المنشئ لا يقبلان التنفيذ الجبري لأن بصدورهما تشبع منهما الحاجة من الحماية القضائية وبالتالي لا يقبلان تنفيذهما عن طريق الغرامة التهديدية ، لأنهما لا يتضمنان أي التزام يجب على المدين القيام بتنفيذه عينا و تبعا لذلك فإن الحكم الذي يقبل التنفيذ عن طريق الغرامة التهديدية هو الحكم الذي يتضمن التزاما يجب على المدين القيام بتنفيذه عينا.

ويشترط في تنفيذ هذا الحكم ، أن يكون تنفيذ الالتزام عينا ما يزال ممكنا ، ويكون تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه ، طبقا لما تقضي به المادة 174من القانون المدني.

ومن ثمة كان على قضاة الموضوع و قبل الحكم بالغرامة التهديدية ، أن يبينوا طبيعة الحكم الصادر بين الطرفين ما إذا كان من أحكام الالزام التي يكون فيها تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين (الطاعن) نفسه فإذا تبين لهم أن الحكم الصادر بين الطرفين من الأحكام المقررة أو المنشئة امتنع عليهم إصدار حكم يقضي بإلزام المدين بتنفيذ هذا الحكم عن طريق الغرامة التهديدية .

وحيث أنه بالرجوع إلى الحكم الصادر بتاريخ 2005/04/30 والقاضي بإلغاء قرار التوقيف والعزل الصادر عن الطاعن ، و الحكم بإعادة إدماج العامل في منصب عمله الأصلي ، ليس إلا حكما مقررا يؤكد في النهاية وأن علاقة العمل لا تزال قائمة بين الطرفين لم تنقض بعد ، وبذلك فإن المطعون عليه يعاد إلى منصب عمله بحكم القانون وما يترتب على علاقة العمل من حقوق و التزامات.

وحيث أن عبارة إدماج العامل في منصب عمله فهي عبارة من باب التزيد ولا تتضمن أي التزام على عاتق الطاعن ، ذلك أن رب العمل (الطاعن) هو في مركز الدائن بالنسبة للعمل الذي يقوم به العامل ، ويصبح العامل في مركز المدين بالعمل.

وترتيبا على ذلك ، وطبقا للأصل العام الذي يقضي بأن الدين مطلوب وليس محمولا ، أو أن الدين يسعى إليه و لا يسعى ، أي أن الطاعن هو صاحب الحق في العمل ولذلك لا يجوز إلزام صاحب الحق بالمطالبة بحقه ، فله أن يسعى إلى المطالبة بحقه أو يتنازل عنه ، فهو حر و لا يمكن إلزامه بمطالبة بحقه ، وبذلك فلا يجوز إلزام رب العمل (الطاعن) بادماج المطعون عليه في منصب عمله ، مما يعني إلزام صاحب الحق بمطالبة حقه ، مما يتنافى و أحكام القانون

وحيث أنه لا يجوز حمل الطاعن المطالبة بحقه ، فهو حر أن يسعى إلى دعوة المطعون عليه إلى الالتحاق بمنصب عمله ، أو لا يسعى في ذلك فهو حر أن يتنازل عن حقه في العمل ، في حين حق العامل في الأجرة يبقى قائما ما دامت علاقة العمل مستمرة.

وفي هذه الحالة يقتصر دور القاضي على البحث ما إذا كان رب العمل قد استعمل حقه الإرادي طبقا لما يقرره القانون أو احترم إجراءات التسريح التعسفي وبالتالي يؤدي إلى إنتاج الأثر القانوني المتمثل في انقضاء المركز القانوني الناشئ عن عقد العمل فينتهي إلى تقرير انقضاء المركز القانوني للعامل . فيصرح برفض الدعوى.

أما إذا انتهى إلى التقرير أن رب العمل لم يمارس حقه الإرادي وفق ما يقرره القانون ، أو قام بمخالفة إجراءات التسريح التأديبي ، وبالتالي يكون القرار الذي اتخذه رب العمل باطلا ، فيقرر هذا البطلان و بالنتيجة يؤكد استمرارية علاقة العمل ، و بهذا التأكيد تشبع الحاجة من الحماية القضائية دون حاجة إلى الإلزام.

ويتبين مما سبق أن الدعوى التقريرية تؤكد – في النهاية – وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانوني ، وبهذا التأكيد تشبع الحاجة من الحماية القضائية ، وتفريعا على ذلك تتميز الأحكام التقريرية بعدة خصائص . منها أن الحكم التقريري لا يقبل التنفيذ الجبري ولا يمكن تنفيذه عن طريق الغرامة التهديدية ، ولا عن طريق الإكراه البدني . لأنه بمجرد صدوره يؤدي إلى إشباع الحاجة من الحماية القضائية[1].

>>>>
وحيث أنه يكفي للطاعن أن يطلب بحقه بتوجيه دعوة إلى المطعون عليه بالالتحاق بمنصب عمله ، فإذا امتنع العامل أصبح في حكم المتخلي عن منصب عمله وما يترتب عليه من الآثار القانونية.
وحيث أن قضاة الموضوع عندما انتهوا إلى الحكم بتنفيذ الحكم المقرر الصادر بتاريخ 2005/04/30 الذي لا يقبل التنفيذ الجبري ، وبالتالي لا يقبل تنفيذه عن طريق الغرامة التهديدية ، قد أخطأوا في تطبيق أحكام المادة 174 من القانون المدني ، مما يعرض قضاءهم للنقض و بغير حاجة إلى التطرق إلى الأوجه المثارة"

1- إن الأحكام التي تصدر عن القضاء لا تخرج عن ثلاثة أنواع ، و هي أما أن تكون أحكاما مقررة أو منشئة أو ملزمة. فالحكم المقرر أو المنشئ لا يقبلان التنفيذ الجبري ، و بالتالي لا يخضعان إلى تنفيذهما عن طريق الغرامة التهديدية و أحكام الإلزام ليست كلها قابلة لتنفيذها بهذه الوسيلة وإنما يخضع نوع خاص من أحكام الإلزام إلى تنفيذها عن طريق الغرامة التهديدية.

ومعيار التمييز بين أحكام الإلزام التي تقبل تنفيذها عن طريق الغرامة التهديدية و التي لا تقبل يقوم على أساس التنفيذ العيني إذا أصبح مستحيلا أو غير ملائم إلا بتدخل المدين الشخصي ، أمكن تنفيذها عن طريق الغرامة التهديدية ، أما إذا كان التنفيذ العيني يكون ممكنا بدون تدخل المدين ، هنا لا يجوز إخضاع الحكم الملزم إلى الغرامة التهديدية.
- أنظر قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية ، القسم الثالث الصادر بتاريخ 23 نوفمبر 2005 رقم 358698 ، لقد صرحت بنقض القرار المطعون فيه على أساس أنه صرح فيه بتنفيذ الحكم القاضي بإلزام المدين بدفع مبلغ من النقود عن طريق الغرامة التهديدية ، لأن تنفيذ الالتزام عينا في هذه الحالة يكون ممكنا و لا يتطلب تدخل المدين و ذلك عن طريق الحجز على أموال المدين و التنفيذ عليها.

2 - الدعوى المنشئة

الدعوى المنشئة هي التي تهدف إلى الحصول على قضاء يتضمن إنشاء أو إنهاء أو تعديل حق أو مركز قانوني . وبذلك فهي تهدف إلى تغيير في الحقوق والمراكز القانونية كدعوى الفسخ ودعوى التطليق ودعوى حل الشركة.

والحكم الذي يصدر في هذه الدعوى يسمى بالحكم القضائي المنشئ فإذا كانت صور الحماية القضائية تقوم على التقرير ففي بعضها يكون فيها التقرير هو الهدف النهائي الذي ترمي إليها الدعوى . مثل دعوى البطلان فهي دعوى تقريرية . تهدف إلى تأكيد أن العقد باطل بطلانا مطلقا وهو الهدف الذي تهدف إلى تحقيقه.

أما في باقي الدعاوى الأخرى فهي أيضا تقوم على التقرير ولكن ليس هو الهدف الأساسي لها . وإنما يقوم التقرير كمقتضى لهدف آخر الذي ترمي إليه الدعوى . فالدعوى المنشئة تهدف إلى إنشاء أو إنهاء أو تعديل في حق أو مركز قانوني ويحدث هذا التغيير في العالم القانوني نتيجة التقرير القضائي . ومن ثمة تصبح الغاية النهائية التي تهدف إليها هذه الدعوى ليس هو التقرير . بل يعد هذا تحصيل حاصل . بل تتجاوز ذلك إلى تغيير مثل دعوى التطليق . فهي تهدف إلى تغيير في المراكز القانونية . حيث تنتهي إلى إنهاء المركز القانوني القائم للزوجين . وإنشاء مركز جديد لهما . فيصبحان مطلقين.

فدعوى التطليق . تهدف إلى تقرير إخلال الزوج بأحد التزاماته . ولكن الإخلال بالالتزام ليس هو الهدف النهائي من دعوى التطليق . إذا كان ذلك يعد مقتضى ضروريا لإحداث التغيير وإنما هي تهدف إلى إنهاء المركز القانوني القائم.

وقد ذهب البعض من الفقه[1] إلى القول أن القضاء المنشئ هو الذي يقرر حقا . فينشأ عن هذا التقرير تغييرا في المركز القانوني السابق . و أنشاء المركز القانوني الجديد.

وهذه الصورة من الحماية القضائية تسمى بالقضاء المنشئ . يؤكد هذا الأخير أي القضاء المنشئ حقا إراديا[2].

---

1 - فتحي والي . الوسيط . المرجع السابق . ص 119.
2 - أنظر البحث الثاني من الفصل الأول من هذا الكتاب ص 32 في تعريف الحق الإداري.

ويستعمل الحق الإرادي بمجرد إعلان صاحب الحق عن إرادته ومن ثمة لا يحتاج الشخص إلى الالتجاء إلى القضاء، لأنه يحدث الأثر القانوني بمجرد الإعلان[1]. كحق الخطيب في فسخ الخطوبة، وحق الموكل في عزل الوكيل.

فإذا حدث نزاع حول استعمال هذا الحق، ورفعت الدعوى إلى القضاء. فالحكم الذي يصدر فيها فهو يقرر استعماله أو عدم استعماله. فيعتبر قضاء تقريريا. لأنه لم يفعل سوى تأكيد استعمال أو عدم استعمال هذا الحق[2]. هل الموكل عزل الوكيل أم لم يعزله.

ويؤكد هذا الرأي أن القضاء المنشئ يؤدي إلى إحداث التغيير. غير أنه لا يفعل سوى تقرير الحق الإرادي و بهذا التقرير بحدث التغيير القانوني[3].

غير أن هذا الرأي محل نظر. لأنه لا يميز بين مصدر الحق الإرادي. وبين طرق استعمال هذا الحق.

ويعرف المصدر بأنه السبب المنشئ للحق الإرادي. فما هو مصدر حق الموكل في عزل الوكيل؟ ومصدر حق الواهب في الرجوع عن الهبة و مصدر حق الزوج في الطلاق؟

مما لا شك فيه. أن مصدر هذه الحقوق كلها هو القانون.

فمصدر حق الموكل في عزل الوكيل هو نص المادة 587 من القانون المدني. و مصدر حق الواهب في الرجوع عن الهبة، هو نص المادة 211 من قانون الأسرة، و مصدر حق الزوج في الطلاق هو نص المادة 48 من نفس القانون.

ويلاحظ من خلال هذه الأمثلة. أنه وبمجرد نشوء المركز القانوني. ينشأ لأحد طرفي الرابطة حق إرادي. يستطيع صاحبه أن يستعمله في أي وقت يريد ويشاء بمجرد أن يحس أنه في حاجة إلى التغيير. ولكنه يجب أن يستعمله وفق الوسيلة التي يتطلبها القانون واستعمال الحق الإرادي. قد لا يخضع لأي شكل من أشكال استعماله. مثل فسخ الخطوبة. فيحدث التغيير بمجرد إعلان الطرف الآخر. وكذلك الشأن بالنسبة لإنهاء الوكالة فيحق للموكل أن ينهي الوكالة. بمجرد إعلان الوكيل.

---

1 - فتحي والي، الوسيط، المرجع السابق، ص 120.

2 - فتحي والي، الوسيط، المرجع السابق، ص 120.

3 - فتحي والي، الوسيط، المرجع السابق، ص 120.

وقد يخضع استعمال الحق الإرادي إلى الوسيلة المقررة قانونا . فرجوع الواهب عن الهبة لا يتم إلا عن طريق تعبير الواهب عن إرادته في الرجوع عن الهبة[1] . بتحرير ذلك في محرر رسمي يحرره الموثق ثم إعلانـه للموهوب لـه . كذلك فإن الزوج لا يستطيع ممارسة حقه الإرادي في الطلاق . إلا وفق الوسيلة المقررة قانونا وتتمثل هذه الوسيلة في الإجراءات التي يتطلبها القانون أن يتخذها الزوج كتقديم طلب مكتوب يعبر فيه عن إرادتـه فـي الطـلاق . ثـم إجراء محاولـة الصـلح . وأخيرا حضوره أمـام القاضـي فـي قاعة الجلسات بنفسه أو بواسطة وكيل عنه . والتعبير عن إرادته في الطلاق . ثم إعلان القاضي عن ذلك . فيحدث التغيير في المركز القانوني.

وقد يكون مصدر الحق الإرادي واقعة مادية . على اعتبار أن بعض الحقوق الإرادية . لا ينشأ مع نشوء المركز القانوني . بل لا يوجد هذا الحق إلا بناء على ما يرتكبه الطرف الآخر في الرابطة في الإخلال بالالتزام.

وتبعا لذلك . فلا ينشأ حق المتعاقد في الفسخ أو حق الزوجة في التطليق . إلا إذا أخل الطرف الآخر بالتزامه . وبإخلال الشخص بالتزامه . ينشأ للآخر الحق الإرادي.

---

1 - القرار الصادر بتاريخ 2014/02/13 رقم 837536 عن المحكمة العليا، الفرقة العقارية،القسم الخامس، غير منشور، حيث جاء فيه ما يلي: " حيث أن الطاعن يعيب على القرار المطعون فيه، بدعوى أنه سبق له أن تنازل عن القطعة الأرضية المتنازع عليها لفائدة ابنه المطعون عليه، ثم تراءى له العدول عن هذا التنازل، غير أن قضاة الموضوع، انتهوا إلى رفض دعوى الطاعن، مما يعد ذلك خطأ في تطبيق القانون، يعرض القرار المطعون فيه للنقض . و حيث أن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في محله، ذلك أنه و من المقرر قانونا أنه يجب على قضاة الموضوع أن يقوموا بتكييف الوقائع المعرضة عليهم و إعطاء لها الوصف الحق، ثم اخضاع تلك الوقائع إلى القاعدة القانونية واجبة التطبيق .

و حيث أن التصرف الذي قام به الطاعن لفائدة ابنه المطعون عليه هو التنازل عن تلك القطعة بدون مقابل، و بالتالي يكيف هذا التصرف بأنه عقد هبة .

و حيث أنه وإستنادا إلى أحكام المادة 211 من قانون الأسرة و التي تنص على أن للأبوين حق الرجوع عن الهبة لولدهما .

و حيث أن حق الرجوع في الهبة هو من الحقوق الارادية فيحق للأب أن يحضر أمام الموثق و أن يعلن عن إرادته في التراجع عن الهبة، و يتلقى الموثق اعلان الواهب (الأب) عن الرجوع عن الهبة، وبعد ذلك يقوم بتبليغ المحرر المتضمن الرجوع عن الهبة إلى الموهوب له .

و حيث أنه للموهوب له أن يرفع أمام القضاء يطعن فيه في محرر الرجوع عن الهبة إستنادا إلى إحدى الحالات المنصوص عليها بالمادة 211 من قانون الأسرة إذا توافرت إحداها، و من ثمة يكون الواهب في غير حاجة إلى رفع الدعوى، لأنه لم يقع على حقه أو مركزه القانوني أي إعتداء من طرف المطعون عليه، و إنما يتعلق الأمر بممارسة الحق الإرادي الذي يتم بموجب إعلان صاحب الحق عن إرادته أمام الموثق، و بالتالي تكون الدعوى التي رفعها الطاعن غير قائمة على مصلحة، و قبولها يعد خرقا لأحكام المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، يعرض القرار المطعون فيه للنقض "

ويستعمل هذا الحق بواسطة الدعوى . فيرفع صاحب الحق الإرادي ويطلب فيها تقرير هذا الإخلال وكنتيجة حتمية لهذا التقرير ينشأ للمتعاقد الآخر حق إرادي في فسخ العقد أو التطليق.

ومن ثمة يصبح الحكم القضائي هو المصدر المباشر للحق الإرادي . والإخلال بالالتزام يعد مصدرا غير المباشر.

وتبعا لذلك . فإن الحكم المنشئ لا يقرر الحق الإرادي . لأن هذا الأخير إذا وجد لا يحتاج إلى التقرير كحق الواهب . فهو لا يحتاج إلى أي تقرير . فيحق لصاحبه أن يستعمله دون حاجة إلى تقرير أي إلى دعوى.

بل أن الحكم المنشئ يقرر مصدره غير المباشر . وأن الحكم القضائي المنشئ هو مصدر هذا الحق . وعلى ذلك إذا وجد هذا الحق . فلا يحتاج إلى التقرير . وإنما قد يحتاج أن يستعمل طبقا للوسيلة المقررة قانونا.

والأصل في استعمال الحق الإرادي . أنه لا يخضع لأي شكل . فيمكن لصاحبه أن يستعمله طبقا للوسيلة التي يختارها هو . فحق للخاطب أن يفسخ الخطوبة أن يستعمل هذا الحق عن طريق الإعلان عن إرادته بواسطة الهاتف أو البرقية أو الرسالة عن طريق البرقية الإلكترونية

غير أنه قد يخضع استعمال هذا الحق الارادي إلى الشكل القانوني . وبذلك يتم استعماله طبقا للوسيلة التي يحددها القانون . يتدخل المشرع لفرض على صاحب الحق الإرادي أن يستعمله وفق الشكل القانوني كحق رب العمل في إنهاء عقد العمل وحق الزوج في إنهاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج . وحق المؤجر في إنهاء عقد الإيجار غير المحددة المدة.

ففي هذه الأمثلة . وغيرها يجب على صاحب الحق الإرادي أن يستعمل حقه وفق الوسيلة التي يحددها القانون وقد يقع نزاع حول هذا الاستعمال . فالحكم الصادر في هذه الحالة هو حكم مقرر يؤكد في النهاية هذا الاستعمال ما إذا وقع وفق الشكل القانوني أما إذا وقع خلاف ذلك . فلا يؤدي إلى ترتيب الأثر القانوني الذي كان من المفروض أن يترتب عليه لو تم استيفاء تلك الوسيلة.

والدعوى المنشئة – كالدعوى التقريرية – بمجرد صدور الحكم فيها يؤدي إلى إشباع الحاجة من الحماية القضائية. وهو لا يحتاج إلى التنفيذ الجبري. ولا يجوز تنفيذه عن طريق الغرامة التهديدية ولا يأمر بتنفيذه عن طريق النفاذ المعجل.

وبعد أن تطرقت إلى كل من الدعوى التقريرية والمنشئة. أنتقل الآن إلى دراسة دعوى الإلزام. وذلك على الوجه التالي:

3 - دعوى الإلزام

دعوى الإلزام هي التي يكون محلها إلزام المعتدى عليه بالأداء قابلا للتنفيذ الجبري[1].

وقد ثار الخلاف في الفقه. حول تحديد موضوع هذه الدعوى. فقيل أن دعوى الإلزام تتميز بطبيعة الرابطة القانونية أو المركز القانوني محل التقرير. فهو يتميز بأنه حق يقابله التزام الطرف الآخر بالأداء[2].

بمعنى أنه إذا كان الحق الذي يؤكده القضاء. ليس حقا يقابله التزام. وإنما هو حق يقابله مجرد خضوع الطرف الآخر. فهذا القضاء لا يعد من قبيل قضاء الإلزام[3].

وتبعا لذلك. لا يعتبر من قبيل دعوى الإلزام إلا إذا كان محل الدعوى عبارة عن حق يقابله التزام. أما إذا كان حقا يقابله مجرد خضوع الطرف الآخر. فلا يعد هذا القضاء من قبيل قضاء الإلزام

ومن ثمة. فإن القضاء الذي يهدف إلى تأكيد حق يقابله التزام. حتى ولولم يتضمن التزاما صريحا أو أمرا للمدين. على اعتبار أن التزام المدين مصدره القاعدة القانونية أنه[4] يكفي أن يقوم القضاء بتأكيد هذا الالتزام لكي يعتبر قضاء الإلزام يمكن تنفيذه جبرا[5]. كالدعوى التي ترفعها الزوجة على زوجها للمطالبة بالنفقة. فيصدر حكم يقضي بالنفقة

---

1 - وجدي راغب فهمي. المرجع السابق. ص 159.
2 - فتحي والي. المرجع السابق. الوسيط. ص 123.
3 - فتحي والي. المرجع السابق. الوسيط. ص. 123.
4 - فتحي والي. الوسيط. المرجع السابق. ص 123. 124.
5 - فتحي والي. الوسيط. المرجع السابق. ص 123. 124.

للزوجة بمبلغ ثلاثة آلاف دينار للشهر تبدأ من تاريخ أول يناير 2010. هذا القضاء لم يتضمن إلزاما صريحا للزوج ومع ذلك يعد من قبيل قضاء الإلزام لأن مصدر هذا الإلزام هو القاعدة القانونية التي تلزم الزوج بالنفقة على الزوجة.

وتخضع دعوى الإلزام إلى نفس الشروط التي تخضع لها أية دعوى قضائية أخرى ويعتبر الاعتداء المصدر المباشر لدعوى الإلزام الذي يتمثل في عدم قيام المدين بالأداء الواجب عليه، وقد يكون هذا الاعتداء في صورة إيجابية كمن يقوم بالبناء مخالفا بذلك الالتزام بعدم البناء. وقد يكون في صورة سلبية كعدم قيام المدين بالوفاء بالتزامه بدفع ثمن إلى البائع[1].

ويتميز قضاء الإلزام بالآثار القانونية التالية:

1 – حكم الإلزام يتمتع بالقوة التنفيذية دون غيره من أحكام القضاء الأخرى، وعلة ذلك ترجع أساسا إلى أن قضاء الإلزام لا يحقق – بمجرد صدوره – الحماية القضائية الكاملة وهذه الصورة الأخيرة لا تتم إلا عن طريق مطابقة المركز القانوني مع المركز الواقعي عن طريق التنفيذ الجبري.

وقضاء الإلزام هو وحده الذي يقبل تنفيذه عن طريق الغرامة التهديدية[2].

2 – يخول قضاء الالزام الدائن أن يحصل على حق الاختصاص على عقار مدينه، و هذا ما تقضي به المادة 937 مدني إذ تنص على ما يلي: "يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في أصل الدعوى يلزم المدين بشيء معين أن يحصل على حق الاختصاص بعقارات مدينه ضمانا لأصل الدين و المصاريف"

3 – بصدور حكم الإلزام وحيازته قوة الأمر المقضي به، يبدأ ميعاد جديد لانقضاء الحق بالتقادم. ويكون هذا الميعاد، هو ميعاد 15 سنة ولو كان هذا الحق في الأصل ينقضي بميعاد أقل من ذلك. وذلك طبقا لما تقضي به المادة 2/319 من القانون المدني.

1 - فتحي والي، الوسيط، المرجع السابق، ص 123، 124.

2 - فتحي والي، الوسيط، المرجع السابق، ص 123، 124.

4 – إن أحكام الإلزام لا تقبل جميعها تنفيذها عن طريق الغرامة التهديدية ولا تقبل إلا تلك الأحكام التي يكون فيها تنفيذ الالتزام عينا مستحيلا أو غير ممكن إلا بتدخل المدين الشخصي [1].

المبحث الثاني
دعاوى الحق ودعاوى الحيازة

تقسم الدعاوى العينية العقارية ، إلى دعاوى الحق ودعاوى الحيازة ، تهدف الأولى إلى تقرير أو إنكار حق عيني عقاري ، في حين أن الثانية تهدف إلى حماية مجرد حيازة هذا الحق ، أي الحق العيني العقاري.

ودعاوى الحق قد سبق وأن تطرقنا إليها ، فبقي لنا أن أتطرق إلى دعاوى الحيازة.

وتبعا لذلك ستقتصر دراستنا – في هذا المبحث – على القواعد الموضوعية في الحيازة بالقدر اللازم الذي يسمح لنا فهم وتطبيق القواعد الإجرائية ، التي تهدف إلى حماية الحيازة ومن ثمة يتعين علينا تقسيم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

---

1 - أنظر القرار الصادر بتاريخ 2005/11/23 رقم 358698 عن المحكمة العليا الغرفة المدنية ، القسم الثالث ، غير منشور ، حيث جاء فيه ما يلي :
"حيث أن الطاعن ينعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون ، على أساس أن توقيع الغرامة التهديدية لا يكون إلا وفق أحكام المادة 174 مدني ، مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض.
وحيث أن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في محله ، ذلك أنه لا يمكن توقيع الغرامة التهديدية إلا إذا أصبح تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا بتدخل المدين الشخصي.
في حين أن تنفيذ الحكم عينا الذي يتضمن الوفاء بمبلغ نقدي يكون دائما ممكنا ولا يتطلب التدخل المدين الشخصي لأن التنفيذ في هذه الحالة يتم عن طريق الحجر على منقولات أو عقارات المدين إن قضاة الموضوع عندما قضوا بتنفيذ هذا الالتزام عن طريق التهديد المالي قد أخطأوا في تطبيق القانون...."

المطلب الأول: في تعريف الحيازة.
المطلب الثاني: في ركني الحيازة.
المطلب الثالث: في شروط قيام الحيازة.
المطلب الرابع: في انتقال الحيازة.
المطلب الخامس: في وسائل حماية الحيازة ونطاقها.

وإلى تفصيل هذه المسائل فيما يلي:

المطلب الأول
تعريف الحيازة

لقد عرف القانون الروماني الحيازة، بأنها السيطرة الفعلية والتي يباشرها الحائز على الشيء المادي، على اعتبار أنه المالك لهذا الشيء، فيحرزه إحرازا ماديا، ويباشر عليه سلطة المالك[1]

ويستخلص من هذا التعريف أن الحيازة هي السيطرة المادية يباشرها الحائز على شيء مادي باعتباره مالكا له، فكانت الحيازة، استعمالا لحق الملكية على شيء مادي[2]، فهي سلطة مادية لا تنطبق إلا على الأشياء المادية، ثم تم الاعتراف بنوع آخر من الحيازة، هي حيازة حق الارتفاق وحق الانتفاع[3].

1 - محمد المنجي، الحيازة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط2 1985، ص 11.
2 - السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 784.
3 - السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 784.

في حين أن القانون الفرنسي ، يعرف الحيازة على أنها إحراز الشيء أو استعمال حق نحرزه أو نستعمله بأنفسنا ، أو بواسطة شخص آخر يحرزه أو يستعمله بالنيابة عنا[1]. واستنادا إلى ذلك فإن الحيازة في هذا القانون ، هي استعمال حق الملكية أو حق من الحقوق العينية الأخرى ، كحق الارتفاق وحق الانتفاع على شيء معين استعمالا فعليا بما يقتضيه هذا الاستعمال ويتفق مع طبيعة الحق أو الشيء المستعمل ، ويستوي أن يكون الحائز مالكا لهذا الحق أو غير مالك له ، فملكيه الحق العيني شيء ، وحيازته شيء آخر.

وقد استقر الرأي في القانون الفرنسي على أن الحقوق الشخصية ، ومجموع الأموال مثل المتجر والتركة والأموال العامة[2] لا تكون محل للحيازة.

والمشرع المصري من جهة يعرف الحيازة ، على أنها وضع مادي يسيطر به الشخص سيطرة فعلية على الشيء, ويجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق.

وتبعا لذلك فإن الحيازة بهذا المعنى ليست إلا سلطة مادية على الشيء أو الحق، فيمكن حيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق ، وتكون السيطرة المادية على الحق بمباشرة الأعمال المادية التي يقوم بها المالك طبقا لما تقتضيه طبيعة هذا الحق[3] فإذا كان محل الحيازة حقا عينيا ، فتكون السيطرة المادية عليه بالاستعمال.

أما المشرع الجزائري ، فلم يتطرق إلى تعريف الحيازة ، بل تطرق إلى تحديد أركان قيامها وشروط صحتها ، والحيازة في القانون الجزائري قد تقع على الشيء المادي أو على الحق فيمكن حيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق طبقا لما تقضي به المادة 827 من القانون المدني ، حيث جاء فيها ما يلي:

"من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا......................"

وعلى ضوء ذلك يمكن تعريف الحيازة بأنها عبارة عن سيطرة الشخص سيطرة مادية على شيء أو على حق عيني ، والحيازة بهذا المعنى ليست إلا واقعة مادية يرتب عليها

---

1 - أحمد المنجي، المرجع السابق ، ص 12.
2 - السنهوري، المرجع السابق ، ص 787.
3 - أحمد المنجي، المرجع السابق ، ص 16.

القانون أثرا ، فهي ليست حقا عينيا ، أو حقا شخصيا ، بل هي – كالشفعة – سبب من أسباب كسب الملكية[1].

وتهدف فكرة الحيازة إلى حماية الأوضاع الظاهر ، فهي تحمي كل شخص وضع يده على الشيء ، من أي اعتداء ولو صدر هذا الاعتداء من المالك ، فيحظر عليه أن يقوم بسلب الحيازة من الحائز ، طبقا لفكرة عدم جواز اقتضاء الشخص حقه بيده.

وتحقق فكرة حماية الحيازة هدفين أساسيين وهما:

1- تؤدي فكرة حماية الحيازة ، إلى حماية الملكية ، لأن القانون يعتبر الحيازة ترينة على الملكية ، طبقا لما تقتضي به المادة 823 من القانون المدني ، فحماية الحيازة يعني وفي نفس الوقت حماية الملكية.

2- تؤدي فكرة حماية الحيازة إلى حماية الأمن والنظام العام في المجتمع[2] ، لأنها تضمن لمن وضع يده على العقار الحماية القانونية من أي اعتداء ولو صدر من المالك.

وتكتسي الحيازة في الجزائر[3] أهمية خاصة ، وترجع هذه الأهمية إلى نظام الملكية ، إذ تقسم ملكية الأراضي في الجزائر إلى قسمين أساسيين وهما:

القسم الأول: ويشمل الأراضي التي تم مسحها وشهرها في السجل العقاري ، أي التي يملكها أصحابها بموجب سندات رسمية مشهرة.

1- أحمد المنجي، المرجع السابق ، ص 16.

2- السنهوري، الوسيط ، ج 2 ، ص 783.

3- النظام السائد في الجزائر هو نظام الشهر الشخصي ، وقد تم الشروع في تطبيق النظام الشهر العيني تدريجيا في بعض مناطق الوطن ، طبقا لقانون رقم 74/75 المؤرخ في 1975/10/12 الذي يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس الشهر العقاري.

القسم الثاني: ويشمل الأراضي التي لم يتم مسحها وشهرها في السجل العقاري، وهي الأراضي التي مايزال يملكها أصحابها أب عن جد، وسند ملكيتهم في ذلك الحيازة[1].

ولا تختلف الملكية التي يكون سببها الحيازة عن الملكية التي يكون سببها العقد الرسمي المشهر بالمحافظة العقارية بل أن الملكية التي يكون سببها الحيازة هي أقوى حجية في الاثبات من الملكية التي يكون سببها العقد الرسمي المشهر.

والقانون يحمي الحيازة بصرف النظر عما إذا كان الحائز مالكا أو غير مالك، بشرط أن يثبت الحائز أنه كانت لديه الحيازة المادية الحالية وقت الاعتداء وتعتبر الحيازة واقعة مادية يرتب عليها القانون أثرين: الأول يتمثل في حمايتها لذاتها، والثاني يتمثل في اعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية[2]، والأثر الأخير تدخل دراسته ضمن القواعد الموضوعية أي تدخل في مصادر الملكية العقارية.

والسؤال الذي يمكن أن يطرح في هذا الصدد: فهل يعتبر كل شخص الذي يوجد العقار تحت سيطرته المادية حائزا، أي ماهي الشروط التي يتطلبها القانون في الشخص لكي يصبح حائزا يحمي حيازته لذاتها من أي اعتداء، وهي المسألة التي نتناولها فيما يلي:

1 - انظر القرار الصادر بتاريخ 1998/10/07 رقم 17/622 عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية غير منشور، حيث جاء فيه ما يلي: «حيث أن الطاعنين ينعون على القرار المطعون فيه، على أنهم تمسكوا بملكيتهم للقطع الأرضية استنادا الى الحيازة باعتبارها سببا لملكيتهم، ذلك أن هذه القطع كانت تحت السيطرة المادية لجدهم، ثم انتقلت لمورثهم، ولقد مر على حيازتهم وحيازة أسلافهم أكثر من ثمانين سنة، ولم يتم الرد على هذا الوجه مما يعرض قضاءهم للنقض. وحيث أن ما ينعيه الطاعنون على القرار المطعون فيه في محله ذلك أن قضاة الموضوع قد صرفوا النظر عن هذا الدفع الذي يتغير به وجه الدعوى، مما يعد ذلك قصورا في الإثبات يعرض القرار المطعون فيه للنقض».

2 - أحمد أبو الوفا، المرافعات، المرجع السابق، ص 127.

المطلب الثاني
ركنا الحيازة

لا يعد الشخص حائزا لمجرد وجود العقار تحت سيطرته المادية ، بل يجب أن تتوافر شروط معينة يحددها القانون ، بأن تقوم هذه الحيازة التي تحظى بالحماية القانونية – يرتب عليها القانون آثارا[1] – على الركنين التاليين:

أولا – الركن المادي: السيطرة المادية

يقصد بالركن المادي للحيازة ، السيطرة المادية على الشيء أو الحق محل الحيازة ، بحيث يصبح الشخص متمتعا بسلطة مباشرة الأعمال المادية على غرار الأعمال التي يقوم بها المالك عادة على ملكه[2]. ولكي تتحقق الحيازة يجب أن يصبح الشيء محل الحيازة ، تحت سيطرة الحائز الفعلية بالاستحواذ الفعلي عليه.

وقد يقوم الحائز بالسيطرة المادية على الشيء محل الحيازة بنفسه أو بالوساطة أو بالاستخلاف ، وقد تكون السيطرة المادية على الشيوع . ويستوي أن يكون الشيء أو الحق محل الحيازة مملوكا للغير أو غير مملوك له ، فهي تتحقق بالسيطرة المادية على الشيء محل هذه الحيازة ، فالعبرة بالحيازة أن يقع الشيء محل الحيازة تحت السيطرة المادية للحائز ، وبذلك يتحقق الركن المادي للحيازة.

ثانيا - الركن المعنوي: نية التملك

لا يكفي – لقيام الحيازة – أن تتوافر لدى الحائز السيطرة المادية على الشيء محل الحيازة ، بل إلى جانب ذلك ، يجب أن تقترن السيطرة المادية بنية التملك[3]. ويظهر

1- الحيازة تعد سببا من أسباب كسب الملكية ، وهو الأثر المترتب على قيامها مدة يحددها القانون ، ويخرج هذا السبب عن نطاق دراستنا ، ويدخل ضمن دراسات القانون المدني.

2 - محمد المليجي، الحيازة ، المرجع السابق ، ص 17.

3 - السنهوري، الوسيط ج 9 ، ص 803.

الحائز أمام الملأ بمظهر صاحب الحق على الحيازة ، ومن ثمة يقصد بالركن المعنوي للحيازة نية التملك[1] ، كمن يشتري عقارا بعقد عرفي . وبتسلم هذا العقار ، ويمارس عليه السيطرة المادية لمدة 15 سنة . فتتوافر لدى هذا الشخص نية التملك ، لأنه وضع يده على هذا العقار بنية التملك ، فإذا رفع عليه البائع دعوى استرداد الملكية . استنادا إلى أن عقد بيع العقار عقد باطل بطلانا مطلقا . لتخلق فيه ركن الشكلية.

فيستطيع الحائز في هذه الحالة أن يتمسك بملكيته لهذا العقار, استنادا إلى الحيازة التي تتوافر فيها الركنان و هما السيطرة المادية ونية التملك[2].

---

1 - محمد المليجي، المرجع السابق ، ص 26.

2 - القرار الصادر بتاريخ 2014/03/13 رقم 844881 عن المحكمة العليا الغرفة العقارية . القسم الخامس ، غير منشور ، حيث جاء فيه مايلي:

" حيث أن الطاعنين يعيبون على القرار المطعون فيه بدعوى أنهم طرحوا النزاع أمام المحكمة والمتعلق بالحيازة للقطعة الأرضية محل النزاع والتي حازها مورثهم منذ تاريخ 1988/04/21 ثم انتقلت الحيازة إلى الورثة وقد مرت على حيازتهم مدة 23 سنة حازوها بصفة هادئة ومستمرة ، وقد تمسك الطاعنون بالحيازة غير أن قضاة الموضوع لم يناقشوا حيازتهم . مما يعد ذلك مخالفة لأحكام المادتين 814 و 825 من القانون المدني ، يعرض قضاءهم للنقض.

وحيث أن مايعيبه الطاعنون على القرار المطعون فيه في محله . ذلك أنه ومن المقرر قانونا أنه من حق الخصوم أن يتمسكوا بالوقائع المولدة لحقوقهم دون أن يلزمهم القانون بإعطاء الوصف لهذه الوقائع ، في حين أن القانون يلزم القضاة أن يقوم بعملية التكييف القانوني للوقائع المعروضة عليهم ، وإعطاء الوصف الحق لها.

وحيث أن الطاعنين تمسكوا بحيازتهم للقطعة الأرضية محل النزاع إنطلاقا من سنة 1988 إلى غاية التعرض لهم من قبل المطعون عليه الثالث مدعيا أنه إشترى هذه القطعة من مالكها.

وتبعا لذلك ، فإن الطاعنين تمسكوا بالملكية ومصدر ملكيتهم هو التقادم المكسب ، فكان على قضاة الموضوع أن يتطرقوا بالمناقشة وذلك عن طريق تبيان أركان الحيازة ما إذا حاز مورث الطاعنين هذه القطعة حيازة قانونية ، ثم انتقلت حيازته إليهم ، وكانوا يمارسون عليها السيطرة المادية إلى غاية قيام المطعون عليه بالتعرض لهم في حيازتهم

وحيث أنه إذا حاز الطاعنون هذه القطعة حيازة قانونية واستمرت لمدة 15 سنة ، يصبحون مالكين لهذه القطعة وتنتقل الملكية إليهم بتمام إكتمال ميعاد التقادم المكسب أي مضي 15 سنة عن حيازتهم ولا يحتاجون إلى أي إجراء آخر.

وحيث أنه إذا انقضت على حيازة الطاعنين المدة القانونية لاكتساب ملكية العقار إستنادا إلى الحيازة ، فتنتقل الملكية إليهم ، فإذا قام المالك السابق بالتصرف فيه ، فيكون قد تصرف في ملك الغير ، فلا ينفذ في حق المالكين الذين انتقلت إليهم الملكية

وحيث أن قضاة الموضوع عندما انتهوا إلى رفض دعوى الطاعنين دون أن يتطرقوا إلى مناقشة مصدر ملكية الطاعنين والمتمثل في الحيازة التي بدأت سنة 1988 ، يعد ذلك مخالفة لأحكام المادة 827 من القانون المدني ، مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض.

والركن المعنوي للحيازة تتناوله كل من النظرية الشخصية ، وهي التي ترى أن الحيازة الصحيحة التي تحظى بالحماية القانونية ، هي تلك الحيازة القائمة على الركنين: المادي والمعنوي.

فلا تقوم الحيازة عند هذه النظرية ، إلا بتوافر الركن المادي الذي يعني السيطرة الفعلية على الشيء محل الحيازة و الركن المعنوي ، ويعني أن يتوافر لدى الحائز نية التملك ، بإضافة هذا الشيء إلى ذمته المالية باستعماله لحساب نفسه[1].

في حين أن النظرية المادية حيث ترى أن الركن المادي يتضمن بالضرورة الركن المعنوي وأن الثاني ليس مستقلا عن الأول ، وتتحقق النية في الأعمال المادية التي يقوم بها الحائز بتجسيد سيطرته المادية على الشيء بأعمال إرادية[2] ، والسيطرة المادية في نظر هذه النظرية هي الحيازة بعينها.

وتبعا لذلك ، فإن انحياز إلى إحدى النظريتين تترتب عليه الآثار القانونية التالية: تعتبر حيازة المستأجر والمودع لديه والمرتهن رهن حيازي والحارس وغيرهم حيازة صحيحة في نظر النظرية المادية لأنها تقوم عندها الحيازة على الركن المادي فقط دون الركن المعنوي، فتحمي حيازة هؤلاء.

في حين تعتبر حيازة هؤلاء ، في نظر النظرية الشخصية ، حيازة غير صحيحة بل حيازة عرضية ، فلا تقوم إلا على مجرد الركن المادي ، دون الركن المعنوي ، فلا تحظى من طرفها بالحماية القانونية.

ويختلف موقف التشريعات من النظرية ، فيأخذ كل من المشرع الألماني والنمساوي بالنظرية المادية ، في حين أن التشريع الفرنسي والمصري يأخذان بالنظرية الشخصية[3].

وقد سار المشرع الجزائري على درب التشريع الفرنسي و المصري ، فهو يأخذ بالنظرية الشخصية في الركن المعنوي للحيازة كقاعدة عامة ، ويأخذ بالنظرية المادية كاستثناء ،

1 - السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 805.
2 - أحمد المحي، المرجع السابق، ص 28.
3 - السنهوري، المرجع السابق، ص 809.

وذلك عندما حمى حيازة المستأجر – وهي حيازة عرضية - بجميع دعاوى الحيازة ، طبقا لما تنص عليه المادة 487 من القانون المدني[1].

وتعتبر حيازة المستأجر حيازة عرضية ، لأنها لا تتوافر إلا على الركن المادي دون الركن المعنوي . لأن المستأجر عندما وضع يده ليس بنية التملك ، وإنما يستعمل هذا العقار لمدة معينة ثم يعيده إلى المؤجر ومن ثمة فإن النظرية الشخصية لا تحمي الحيازة العرضية ، فتحمي فقط وعلى سبيل الاستثناء حيازة المستأجر والحيازة العرضية ، يتوافر فيها الركن المادي ، ويتخلف فيها الركن المعنوي.

ومن ثمة تعتبر حيازة غير صحيحة, ولا يرتب عليها القانون أي أثر, لأن الحائز العرضي لا يحوز لحساب نفسه, بل يحوز لحساب غيره, فمالك الشيء قد يحوزه بنفسه, وحينئذ يجمع بين الركنين: الركن المادي والمعنوي, وقد يقوم بنقل السيطرة المادية إلى الحائز العرضي ويحتفظ بالركن المعنوي, كما في حالة نقل السيطرة المادية إلى المستأجر أو الوكيل أو المودع لديه أو المستعير أو المرتهن رهن حيازي, فيبقى المالك متحفظا بالركن المعنوي للحيازة لنفسه, في حين نجده قد نقل السيطرة المادية إلى الحائز العرضي.

وتقضي القاعدة العامة أن الحيازة العارضة – مثل حيازة المستأجر والمودع لديه وغيرهما - تبقى حيازة عرضية ، مهما طالت مدة حيازته, حتى ولو بلغت العشرات من السنين. فلا يستطيع الحائز العرضي أن يغير من صفة حيازته, وهذا ما تقضي به المادة 826 من القانون المدني.

غير أنه قد يرد استثناء على هذه القاعدة وهذا ما تقضي به المادة المشار إليها أعلاه, بقولها مالم يقم الدليل على خلاف ذلك.

---

1 - القرار الصادر بتاريخ 2014/03/13 عن المحكمة العليا ، الغرفة العقارية ، القسم الخامس ، غير منشور ، حيث جاء فيه مايلي:

" حيث أن الطاعن يعيب على القرار المطعون فيه ، بدعوى أن المطعون عليه باعتباره مستأجرا للعين المتنازع عليها وبالتالي تعتبر حيازته حيازة عرضية وأن هذه الأخيرة لا تحمي بدعاوي الحيازة ، وأن قضاة الموضوع عندما انتهوا إلى التصريح بحماية حيازة المطعون عليه وهي حيازة عرضية قد خالفوا القانون ، مما يعرض قضاءهم للنقض.

وحيث أن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في غير محله ، ذلك أنه ومن المقرر قانونا ، أن الحيازة العرضية لا يحميها القانون كأصل عام ، لأنها تفتقد إلى الركن المعنوي في الحيازة ، غير أنه واستثناء على هذا الأصل ، واستنادا إلى أحكام المادة 487 من القانون المدني ، فإن القانون يحمي حيازة المستأجر.

وحيث أن قضاة الموضوع عندما انتهوا إلى حماية حيازة المستأجر لم يخالفوا القانون ، مما يتعين معه التصريح برفض هذا الوجه."

وتبعا لذلك فإن الحيازة العرضية قد تتغير إلى حيازة صحيحة[1] وذلك بأحد السببين:

الأول: أن يصدر فعل من الغير، وعادة ما يكون هذا الفعل تصرفا ناقلا للملكية كمن يستأجر عقارا من شخص ثم يشتري نفس العقار من شخص آخر يعتقد أنه هو المالك.

ومن ثمة تتغير الحيازة العرضية إلى حيازة صحيحة ابتداء من تاريخ إبرام هذا التصرف، ويصبح بالتالي الحائز العرضي حائزا لحساب نفسه.

الثاني: أن يصدر فعل من الحائز العرضي، يعارض به حق المالك، ويجب أن يكون هذا الفعل ظاهرا يعارض به حق المالك بالإنكار الساطع[2]، فيدعي الملكية لنفسه وينكر ذلك على المالك السابق[3]، وقد يكون النزاع قضائيا، فيرفع المالك الدعوى على الحائز العرضي كالمستأجر، ويطالبه برد العين فيدعي هو ملكيتها لنفسه، و بذلك تتغير حيازة الحائز العرضي ابتداء من علم المالك بمعارضة الأول، فتتحول حيازة الحائز العرضي إلى حيازة صحيحة[4].

ويقع على عاتق الحائز العرضي التزام برد العين بمجرد انقضاء عقد الإيجار، وإذا كان مودعا لديه فيلتزم برد الوديعة بمجرد طلبها[5]، فإذا امتنع عن ردها متحفظا بها، معارضا حق المالك معارضة علنية وساطعة، فابتداء من ذلك التاريخ تتغير حيازته إلى حيازة صحيحة.

وإذا استوفت الحيازة شروط قيامها، فإلى جانب ذلك، يجب أن تتوافر فيها شروط صحتها، وهي المسألة التي أتناولها فيما يلي:

1- السنهوري، المرجع السابق، ص 836، 809.

2- محمد المليجي ، المرجع السابق ، ص 46.

3- السنهوري ، الوسيط ، ج 2 ، ص 836.

4- محمد المليجي ، المرجع السابق ، ص 46.

5- عز الدين الدناصوري ومن معه ، الحازة العرضية وحيازتها ، ص 26.

المطلب الثالث
شروط صحة الحيازة

يجب أن تتوافر الحيازة .إلى جانب استيفائها لركنيها المادي و المعنوي – على شروط صحتها, وهي أن تكون مستمرة وعلنية غير مشوبة بالإكراه أو الغموض وهي الشروط التي تقضي بها المادة 524 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية, فقد جاء فيها ما يلي:

"يجوز رفع دعاوى الحيازة ، فيما عدا دعوى استرداد الحيازة ، مما كان حائزا بنفسه أو بواسطة غيره لعقار أو لحق عيني عقاري ، وكانت حيازته هادئة وعلنية ومستمرة لا يشوبها انقطاع وغير مؤقتة دون لبس ، واستمرت هذه الحيازة لمدة سنة على الأقل " وبذلك يجب أن تتوافر هذه الشروط في كل دعوى الحيازة ، ويستثني المشرع دعوى استرداد الحيازة من هذه الشروط.

وهي الشروط التي أتعرض لها بالتحليل والمناقشة فيما يلي:

1- عدم الاستمرار أو التقطع:

يجب أن تتوافر أعمال السيطرة المادية على الشيء في فترات متفاوتة ومنتظمة ، ويختلف نظام الاستعمال باختلاف طبيعة الشيء ، فإذا كان الشيء محل الحيازة مسكنا ، وجب على الحائز أن يسكنه وألا ينقطع عليه إلا عند السفر أو لقضاء بعض الوقت ، وإذا كان الشيء أرضا زراعية ، وجب على الحائز أن يقوم بزراعتها في المواسم الفلاحية.

إذا قامت الحيازة على أعمال غير منتظمة ومنقطعة, تصبح مشوبة بعيب عدم الاستمرار أو التقطع, ومن ثمة لا تنتج أثرها القانوني, وبالتالي لا تحظى بالحماية القانونية ، ولا تصلح أن تكون سببا من أسباب اكتساب ملكية العقار بالتقادم.

2- عدم العلانية أو الخفاء:

يجب على الحائز أن يقوم بمباشرة الأعمال على العقار محل الحيازة على مرأى من الناس – لكي لا تكون مشوبة بعيب الخفاء أو عدم العلانية - أو على الأقل أن يباشرها على مرأى من المالك, فإذا أخفى الحائز عن المالك حيازته, ولا يشعر هذا الأخير أن حقه في حيازة الغير أصبحت مشوبة بعيب الخفاء أو عدم العلانية[1], ومن ثمة لا يحميها القانون بدعاوى الحيازة, ولا تصلح أن تكون سببا من أسباب كسب الملكية بالتقادم, ولا تنشئ لصالح الحائز قرينة على الملكية, و تنص على هذا العيب المادة 524 المشار إليها أعلاه بقولها, وكانت حيازته هادئة وعلنية.

وفي الحقيقة أنه من النادر أن تكون حيازة العقار خفيه لأنه يصعب أن يخفي الحائز عن الناس حيازته, فيظهر أمام الملأ كل من يسكن هذا المنزل, أو من يزرع هذه الأرض, غير أن حيازة حقوق الارتفاق فكثيرا ما تكون مشوبة بعيب الخفاء[2].

3- الإكراه أو عدم الهدوء:

يجب أن تكون الحيازة هادئة, وألا يحصل عليها عن طريق الإكراه المادي أو المعنوي[3], ويحتفظ بها دون أن تزول القوة أو ينقطع التهديد, وهذا ما تقضي به المادة 524 المذكورة أعلاه, بقولها: وكانت حيازته هادئة.

أما إذا بقي الحائز مستمرا في حيازته – بعد زوال الإكراه و التهديد- تصبح حيازته صحيحة ابتداء من زوال الإكراه أو التهديد ومن الأمثلة على ذلك إذا أصبح الشخص مهددا من الإرهاب, فيتخلى عن حيازته للعقار الذي يملكه, ويصبح في حيازة الغير, فتصبح حيازة هذا الأخير مشوبة بعين الإكراه والتهديد.

لكن بعد زوال الإرهاب فتصبح حيازته صحيحة ابتداء من زوال الإرهاب, وتبعا لذلك تحمى هذه الحيازة بجميع دعاوى الحيازة, وتصبح سببا من أسباب كسب الملكية بالتقادم, إذا انقضت عليها المدة القانونية لاكتساب العقار بالتقادم.

1- السنهوري, الوسيط, ج 2 , ص 897.

2- أبو الوفا , المرافعات , المرجع السابق , ص 134.

3- نبيل إسماعيل عمر , المرجع السابق , ص 207.

4- الغموض أو اللبس:

وتكون الحيازة مشوبة بعيب الغموض أو اللبس، إذا هي اشتبه أمرها فيما يتعلق بالركن المعنوي وذلك إذا قام احتمال يتضمن معنيين، معنى أن الحائز يحوز لحساب نفسه، ومعنى آخر أنه يحوز لحساب غيره، ومن ثمة يقوم الالتباس ما إذا كان الحائز يحوز لحساب نفسه أو لحساب غيره[1].

كما إذا حاز أحد الشركاء على الشيوع العين الشائعة ، فيتمسك هذا الشريك أنه حاز العين لحساب نفسه، فهي تحتمل هذا المعنى، كما قد تحتمل معنى آخر وهي أن الشريك يحوز لحساب نفسه ولحساب غيره من الشركاء الآخرين على الشيوع[2].

وبذلك تصبح هذه الحيازة في هذه الحالة مشوبة بعيب الغموض أو اللبس، ويزول عيب الغموض بانتفاء اللبس . فيقع على الشريك الذي يحوز العقار على الشيوع عبء الإثبات أنه غير حيازته من الحيازة على الشيوع إلى الحيازة على الإنفراد، وذلك بأن عارض حق الشركاء الآخرين معارضة علنية[3] وظاهرة، بأن أنكر حقهم، فمن تاريخ هذه المعارضة العلنية تصبح حيازته صحيحة في مواجهة باقي الشركاء الآخرين لزوال عيب الغموض واللبس[4].

1- السنهوري الوسيط المرجع السابق : ص 840.

2- السنهوري الوسيط المرجع السابق : ص 840.

3 - محمد المليجي ، المرجع السابق ، ص 61.

4 - القرار الصادر بتاريخ 2013/05/09 عن المحكمة العليا ، الفرقة العقارية ، القسم الخامس ، غير منشور ، حيث جاء فيه مايلي:

"حيث أنه و كما هو ثابت من وقائع القضية ، أن الطاعنة رفعت الدعوى الرامية إلى إبطال عقد الشهرة الواقع على عقارات توجد في حالة الشيوع بينها وبين المطعون عليه والتي انجرت إليهم عن طريق الميراث من المرحوم (ت.م) ولم تقسم بينهما.

وحيث أنه كان يجب على قضاة الموضوع أن يبحثوا ما إذا كانت الطاعنة كانت تملك مع المطعون عليه هذه العقارات عن طريق الميراث ، أي ماإذا كانت وارثة وأن هذه العقارات ملك لمورثهما المشترك.

فإذا توصلوا إلى أن هذه العقارات ، كانت تملكها الطاعنة مع المطعون عليه على الشيوع ولم تقسم بعد، بقيت حيازة المطعون عليه حيازة عرضية مهما طالت المدة وذلك ما تقضي به المادة 826 من القانون المدني.

ذلك أن المطعون عليه إذا وضع يده على هذه العقارات باعتباره حائزا على الشيوع ، يبقى حائزا لها بهذه الصفة ، غير أنه يستطيع الحائز على الشيوع أن يغير من حيازته على الشيوع إلى الحيازة على الانفراد ، وذلك بأحد الأمرين إذا صدر له تصرف ناقل للملكية من الغير ، أو إذا أنكر على باقي الشركاء الآخرين في المال الشائع حقهم في ذلك ، فمن تاريخ صدور منه الانكار الساطع لحق الشركاء الآخرين تتغير حيازته من الحيازة على الشيوع إلى الحيازة على الانفراد ويقع على عاتق المطعون عليه عبء الاثبات حول تغيير صفة الحيازة.

>>>>

وهذا الشرط منصوص عليه في المادة 524 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بقولها: دون لبس.كما أن هذا الشرط ورد النص عليه في المادة 808 من القانون المدني.

وتبعا لذلك . إذا اقترنت الحيازة بأحد العيوب المشار إليها سابقا، فلا تنتج أثرها وتعتبر حيازة معيبة ، فلا يترتب عليها القانون أي أثر, أما إذا زال العيب فإنها تتحول من تاريخ هذا الزوال إلى حيازة صحيحة مرتبة لكافة آثارها القانونية.

وإذا قامت الحيازة، فإنها تنتقل وتزول وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

المطلب الرابع
انتقال الحيازة وزوالها

كما تنتقل الملكية وتزول فإن الحيازة أيضا بدورها تنتقل وتزول وهي تنتقل من حائز لآخر قد تعتبر الأولى امتدادا للثانية وتزول الحيازة إذا فقدت أحد ركنيها المادي أو المعنوي وتبعا لذلك سأقسم هذا المطلب إلى فرعين الأول أتناول فيه انتقال الحيازة و الثاني أتناول فيه زوال الحيازة على الوجه التالي:

الفرع الأول
انتقال الحيازة

تنتقل الحيازة من السلف إلى الخلف بأحد السببين الأول يتمثل في الواقعة المادية وهي الوفاة فتنتقل جراء ذلك الحيازة من المورث إلى الورثة وهذا ما يعرف بانتقال الحيازة إلى الخلف العام والثاني يتمثل في التصرف القانوني حيث تنتقل الحيازة من البائع إلى

وحيث أن قضاة الموضوع لم يبينوا ما إذا كانت هذه العقارات تملكها الطاعنة مع المطعون عليه عن طريق الميراث ، وإذا كان الأمر كذلك ، فيجب أن يبينوا ما إذا كان المطعون عليه قد غير من حيازته على الشيوع إلى الانفراد ، وانطلاقا من تاريخ تغيير الحيازة ، يجب أن تنقضي عليها المدة القانونية لاكتساب العقار بالتقادم ، وعدم تبيان كل ذلك يعد قصورا في الأسباب يعرض القرار المطعون فيه للنقض"

المشتري وهذا ما يعرف بانتقال الحيازة إلى الخلف الخاص وأتناول هذين السببين فيما يلي:

أولا: انتقال الحيازة إلى الخلف العام

تنص المادة 814 من القانون المدني على ما يلي:

" تنتقل الحيازة إلى الخلف العام بجميع صفاتها غير أنه إذا كان السلف سيئ النية وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية جاز له أن يتمسك بحسن النية........"

ويستخلص من هذا النص أنه يقصد بالخلف العام – بالنسبة إلى انتقال الحيازة – الوارث والموصى له بجزء من التركة. والخلف العام لا يبدأ حيازة جديدة وإنما تنتقل إليه حيازة السلف امتدادا واستمرارا لها[1].

وتنتقل الحيازة – كالملكية – بحكم القانون دون حصول التسليم إلى الخلف العام وتنتقل إليه بنفس الصفات فإذا كانت حيازة صحيحة أو عرضية أو مشوبة بعيب من عيوبها أو كانت مقترنة بحسن النية أو بسوء النية انتقلت إلى الخلف العام بنفس الصفات وحسن النية مفترضة دائما في الحائز إلى حين إثبات العكس.

وتبقى الحيازة محتفظة على الصفة التي كانت عليها وقت وضع اليد مهما طالت المدة فالحيازة العرضية كحيازة المستأجر تبقى حيازة عرضية حتى ولو مرت عليها مئة سنة فتبقى محتفظة بهذه الصفة، مالم تتغير بأحد الأمرين صدور فعل من الحائز العرضي يجابه به حق المالك أو صدور تصرف من الغير.

ويترتب على الاتصال بين الحيازتين حيازة السلف وحيازة الخلف، جواز ضم مدة حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف.

1 - السنهوري، المرجع السابق، ص 883

ثانيا: انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص

تنص المادة 811 من القانون المدني على ما يلي :

" تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك و كان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق و لو دون تسلم مادي للشيء موضوع الحق"

ويستخلص من هذا النص أن الحيازة تنتقل بالتصرف القانوني - كالعقد – من البائع إلى المشتري نتيجة لذلك يبدأ الخلف الخاص عكس الخلف العام حيازة جديدة.

ويلحق بالخلف الخاص كل شخص يجب أن تنتقل إليه حيازة العين بناء على التزام في ذمة السلف وكل شخص يجب أن تعود إليه حيازة العين على أثر إخلال الرابطة القانونية عن طريق فسخ التصرف القانوني أو بطلانه أو إبطاله أو إلغائه[1].

وتنتقل الحيازة من السلف إلى الخلف الخاص انتقالا ماديا كانتقال حيازة البيع من البائع إلى المشتري بالتسليم الفعلي أو انتقالا معنويا فيكون حينئذ انتقالها انتقالا معنويا[2].

ويجب وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ويقع على عاتق السلف إخطار الخلف الخاص بوضع المبيع تحت تصرفه.

1- السنهوري ، الوسيط ، ج 9 ، ص 833

2- أنظر المادة 367 من القانون المدني التي تحدد كيفية انتقال الحيازة انتقالا ماديا أو معنويا.

- انتقال حيازة المبيع انتقالا معنويا أن ينتقل المبيع من البائع إلى المشتري ويتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين وذلك إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع مثل الإجارة أو الوديعة و غيرهما.

الفرع الثاني
زوال الحيازة

تقوم الحيازة – كما رأينا – على الركنين المادي والمعنوي وتزول بزوال الركن المادي وذلك إذا تخلى الحائز عن سيطرته المادية على الحق طبقا لما تنص عليه المادة 815 مدني على زوال الحيازة إذا فقد الحائز سيطرته المادية على الحق كما في حالة الاغتصاب حيث يفقد الحائز حيازته ويفقد السيطرة المادية ويبدأ الحائز المغتصب حيازة جديدة.

وتزول الحيازة يفقد الركن المادي ولو احتفظ الحائز بالركن المعنوي لأن النية لا تفيد الحائز مادام فقد الركن المادي.

غير أنه يرد استثناءا على هذه القاعدة وهو الاستثناء الذي تقضي به المادة 816 من القانون المدني على عدم زوال الحيازة إذا حال مانع وقتي دون مباشرة الحائز للسيطرة المادية على الحق ولا يعتد بالمانع إلا إذا كان طبيعيا أو قوة قاهرة مثل الفيضانات أو الحرب أو تقييد حرية الشخص كالسجن وأن يكون المانع وقتيا متوقع الزوال كالحرب متوقع زوالها حينا[1].

وتزول الحيازة بفقدها الركن المعنوي وذلك إذا فقد الحائز نية التملك ولو استبقى الركن المادي كما لو باع العقار محل الحيازة واتفق مع المشتري أن يبقيه عنده لحساب هذا الأخير سواء كان ذلك على سبيل الإعارة أو الوديعة أو الإيجار.

وتزول الحيازة أيضا بفقدها الركن المادي والمعنوي وذلك كما لو اتفق الحائز مع خلفه الخاص أن ينقل إليه حيازة الحق الذي يستعمله فتنتقل الحيازة بناء على هذا الاتفاق وبالتالي يفقد الحائز كلا من الركن المادي والمعنوي ويكون ذلك استنادا إلى تصرف ناقل للملكية كعقد البيع أو عقد الهبة وهو الحكم الذي تقضي به المادة 811 مدني.

1- السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص 887.
- محمد المليجي ، المرجع السابق ، ص 83.

وجدير بالملاحظة فإن زوال حيازة المنقول يؤدي إلى زوال الملكية في حين أن زوال الحيازة على العقار لا يؤدي إلى زوال الملكية ذلك أنه إذا حاز شخص عقارا لمدة سنة فإن الحائز الأصلي يفقد الحيازة لأنها تكون انتقلت إلى الحائز الجديد بانقضاء مدة سنة عن حيازة هذا الأخير.

لكن الحائز الأول لا يفقد الملكية ولا تنتقل الملكية إلى الحائز الجديد إلا إذا استمرت حيازته مدة 15 سنة ولذلك يفقد الحائز الأول الحيازة بمرور سنة ويفقد الملكية بمرور خمسة عشر سنة وتنتقل الملكية إلى الحائز الجديد وبذلك يجمع الحائز الجديد بين مركز الحائز ومركز المالك لكنه ليس في كل الأحوال يجمع الحائز بين المركزين.

فقد تكون الحيازة في يد شخص والملكية لشخص آخر كمن يبيع العقار بموجب سند رسمي غير مشهر ويتم تسليم العقار إلى المشتري فيصبح المشتري حائزا ويبقى البائع مالكا مادام لم يتم شهر السند.

وبعد أن تطرقت إلى بعض القواعد الموضوعية في الحيازة الآن انتقل إلى دراسة وسائل حماية الحيازة ونطاقها القانوني و ذلك على الوجه التالي:

المطلب الخامس
وسائل حماية الحيازة و نطاقها

الحيازة إذا استوفت أركانها و شروط صحتها أصبحت محلا للحماية القضائية وتحمي الحيازة لذاتها . بصرف النظر عما إذا كان الحائز مالكا للعقار أو غير مالك له غير أن هذه الحماية لها نطاق تقتصر عليه دون ربط هذه الحماية بالملكية بل لا يجب الجمع بينهما وعلى ذلك سأتطرق إلى دعاوى الحيازة في الفرع الأول وإلى قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية في الفرع الثاني وذلك على التفصيل التالي:

الفرع الأول
دعاوى الحيازة

وسائل حماية الحيازة تنحصر في ثلاث دعاوى دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض في الحيازة و دعوى وقف الأعمال الجديدة في الحيازة وعند الكلام على الحيازة يقصد بها حماية الحيازة بإحدى هذه الدعاوى . ولذلك يجب التمييز بين دعاوى الملكية حيث يستند المالك إلى الحيازة باعتبارها سببا من أسباب الملكية وهنا نكون أمام دعوى الملكية وبين دعاوى الحيازة التي تحمي الحيازة في ذاتها وهي الدعاوى التي أتطرق إليها كما يلي:

أولا: دعوى استرداد الحيازة

تنص على دعوى استرداد الحيازة المادة 525 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها ما يلي:

" يجوز رفع دعوى استرداد الحيازة لعقار أو حق عيني عقاري ممن اغتصبت منه الحيازة بالتعدي أو الإكراه وكان له وقت حصول التعدي أو الإكراه الحيازة المادية أو وضع اليد الهادئ العلني "

وتقضي أيضا المادة 819 من القانون المدني على أن " للحائز أن يرفع في الميعاد القانوني دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت إليه حيازة الشيء المغتصب منه ولو كان هذا الأخير حسن النية "

وسأتناول على ضوء ذلك دعوى استرداد الحيازة من حيث الأشخاص والسبب والموضوع على النحو التالي:

1- أشخاص دعوى استرداد الحيازة:

يقصد بأشخاص دعوى استرداد الحيازة الحائز وهو المدعي الذي يرفع الدعوى والمعتدي على الحيازة وهو المدعى عليه وأتناولهما كما يلي:

أ- المدعي في دعوى استرداد الحيازة:

يعتبر المدعي في دعوى استرداد الحيازة هو الحائز الذي انتزعت منه الحيازة بالغصب أو الإكراه ويجب على الحائز أن يثبت أن لديه الحيازة المادية وقت حصول التعدي وذلك إذا انتزعت منه بالغصب دون استعمال القوة أما إذا انتزعت منه بالقوة فإن الحائز يستطيع أن يرفع دعوى استرداد الحيازة حتى ولو كان حائزا عرضيا أو كان يحوز العقار على سبيل التسامح[1].

وعلى ذلك فأن القانون يمنع الشخص أن يقتضي حقه بيده فإذا انتزعت الحيازة من الحائز بالقوة حتى ولو وقع ذلك من المالك الذي أجاز الحيازة على سبيل التسامح فيكون بذلك قد اقتضى لنفسه مما لا يجيزه القانون.

ولا يشترط في دعوى استرداد الحيازة أن تكون قد استمرت سنة كاملة بل تقبل ولو دامت يوما واحدا أو أقل ما دامت قد سلبت بالقوة[2].

وهذا حكم تنفرد به دعوى استرداد الحيازة دون غيرها من دعاوى الحيازة الأخرى وهو الحكم الذي تقضي به المادة 524 المذكورة سابقا و ذلك باستثنائها من أحكام الحيازة.

وتثبت للمدعي الصفة في الدعوى استرداد الحيازة بإثباته الحيازة المادية أي كانت لديه السيطرة المادية وقت التعدي على العقار بالغصب أو القوة.

ويقع على عاتق المدعي أن يثبت في دعوى استرداد الحيازة الركن المادي ، فتقوم القرينة على توافر الركن المعنوي, فيحق للمدعى عليه أن يثبت بأن حيازة المدعي لا

---

1 - السنهوري، الوسيط ج 9 ، ص 915.
2 - السنهوري، الوسيط ، ج 9 ، ص 924.

تتوافر على الركن المعنوي ويثبت الركن المادي بكافة طرق الإثبات بما فيها النية والقرائن باعتباره يشكل واقفة مادية.

ويحق للمدعي أن يرفع دعوى استرداد الحيازة على كل من انتقلت إليه الحيازة حتى ولو كان حسن النية و ذلك لاعتبار دعوى استرداد الحيازة دعوى عينية[1].

ويجب أن ترفع دعوى استرداد الحيازة في خلال سنة ابتداء من تاريخ سلب الحيازة بالقوة أو بالغصب وإذا كانت خفيه تسري من تاريخ العلم بها.

والآن أنتقل إلى المدعى عليه أي إلى المعتدي على الحيازة باعتباره مدعى عليه في دعوى استرداد الحيازة كما يلي :

ب- المدعى عليه في دعوى استرداد الحيازة

المعتدي على الحيازة هو الخصم الذي ترفع عليه دعوى استرداد الحيازة وهو الذي قام بنزع الحيازة من الحائز بالقوة أو الغصب علنا أو خفية أو بالحيلة أو الخديعة[2].

ويجب أن يكون العمل الذي قام به المدعى عليه عملا عدوانيا من شأنه أن يمس السلم الاجتماعي والأمن العام ويؤدي إلى سلب الحيازة من الحائز بصرف النظر عما إذا كان المعتدي حسن النية كأن يعتقد أن العقار الذي انتزع حيازته من الحائز هو عقار مملوك له ورغم ذلك فهو يعد مخطئا عندما لجأ إلى أخذ حقه بيده بدلا من الالتجاء إلى القضاء[3].

هذا فيما يتعلق بأشخاص الدعوى وأنتقل الآن إلى مناقشة سبب دعوى استرداد الحيازة كما يلي:

1 - السنهوري ، الوسيط ، ج 9 ، ص 924.

2 - محمد المليجي ، المرجع السابق ، ص 212.

3 - السنهوري ، الوسيط ، ج 9 ، ص 916.

2- سبب دعوى استرداد الحيازة

يجب التفرقة بين سبب الحيازة ويتمثل في السيطرة المادية على العقار محل الحيازة وذلك باستحواذ الحائز على الشيء بالسيطرة الفعلية عليه . وينشأ عن هذا الاستحواذ مركز وقعي يحميه القانون في ذاته يسمى بمركز الحائز.

وبين سبب دعوى استرداد الحيازة الذي يتمثل في الاعتداء على المركز الواقعي وهو مركز الحائز بحيث ينجم عنه سلب الحيازة سواء كان ذلك بواسطة القوة أو الغصب . إذا مصدر دعوى استرداد الحيازة هو الاعتداء الذي يؤدي إلى فقد الحائز لحيازته نتيجة لعمل عدواني لا سند له في القانون.

وتبعا لذلك يتعين على المدعي في دعوى استرداد الحيازة أن يثبت الركن المادي الذي يتمثل في السيطرة المادية على العقار محل الاعتداء و هو السبب الذي ينشئ له مركزا واقعيا يحميه القانون وان يثبت أيضا أنه وقع على هذا المركز اعتداء أدى إلى تجريده من الحيازة.

إذن يجب على المدعي في دعوى استرداد الحيازة أن يثبت المركز الواقعي محل الحيازة وأن ينصب هذا الإثبات على الركن المادي في الحيازة من جهة وأن يثبت الاعتداء الذي وقع على حيازته من قبل المدعى عليه و الذي أدى إلى انتزاع منه الحيازة من جهة أخرى.

إذا يتعين على المدعي أن يثبت سبب الحيازة وسبب دعوى استرداد الحيازة فإذا أنكرت الحيازة أو أنكر التعدي وجب على القاضي أن يأمر بإجراء تحقيق سواء ذلك بناء على طلب أحد الخصوم أو تلقائيا وألا يمس هذا التحقيق أصل الحق كأن يتطرق إلى الملكية بل ينبغي أن ينصب هذا التحقيق على سبب الحيازة أي ما إذا كانت للمدعي السيطرة المادية وسبب دعوى استرداد الحيازة أي أن يثبت التعدي الذي وقع على الحيازة فلا يجب أن ينصب التحقيق حول ما إذا كان الحائز هو المالك أم لا لأن في ذلك مساس بأصل الحق وهو الأمر الذي تحظره المادة 526 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

هذا فيما يتعلق بالسبب وأنتقل الآن إلى موضوع دعوى استرداد الحيازة كما يلي :

3- موضوع دعوى استرداد الحيازة

يتحدد موضوع دعوى استرداد الحيازة بالشيء محل الحيازة ويكون دائما هذا الشيء عقارا أو حقا عينيا عقاريا وقد يكون هذا العقار أرضا فلاحية أو مسكنا أو ممرا ويتعين على المدعي أن يعين موضوع الدعوى تعيينا كافيا نافيا للجهالة فيبين موقع العقار ومساحته وحدوده ورقمه ويسعى المدعي إلى إعادة السيطرة المادية على الشيء محل الحيازة التي سلبت منه لكن الحكم يختلف حول ما إذا دامت الحيازة سنة كاملة فيحكم بردها إذا انتزعت منه بالقوة أو الغصب.

أما إذا لم تدم سنة كاملة وانتزعت منه بالقوة فيحكم بردها له لأنه في هذه الحالة لا يشترط أن تدوم الحيازة سنة كاملة وذلك ما تقضي به المادة 524 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أما إذا كانت حيازة المدعي لم تدم سنة كاملة ولم تنتزع منه بالقوة فنطبق حينئذ القواعد المفاضلة بين الحيازتين المنصوص عليها بالمادة 818 من القانون المدني.

وقواعد المفاضلة تقضي بأنه في حالة ما إذا قامت كل من الحيازتين على سند قانوني، كان يتمسك المدعي بعقد بيع صادر له من الشخص ويتمسك المدعي عليه من جهته أيضا بعقد بيع صادر له من شخص آخر فضلت الحيازة الأسبق في التاريخ.

أما إذا لم تقم أي من الحيازتين على سند قانوني، فإن الحيازة الأسبق في التاريخ هي التي تفضل.

أما إذا قامت إحدى الحيازتين على سند قانوني ولم تقم الحيازة الأخرى على سند قانوني فتفضل الحيازة التي تقوم على سند قانوني.

أما إذا كانت حيازة المدعي لم تدم سنة كاملة ولم تنتزع منه بالقوة غير أن المدعي عليه يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل فتفضل حيازته بالرغم من الحيازة قد انتزعت منه بالغصب ما دامت لم تنتزع منه بالقوة [1]، فيحكم برفض دعوى المدعي.

---

1 - السنهوري، الوسيط، ج 9، ص 1262.

وإذا خسر المدعي دعوى استرداد الحيازة فيحق له أن يرفع دعوى استرداد الملكية أو دعوى الاستحقاق فإذا لم يستطع أن يثبت ملكيته للعقار استقرت الحيازة للمدعى عليه.

وإذا حكم برد الحيازة التي انتزعت منه بالقوة فلا يجب التطرق إلى حسم النزاع من له الحق في الحيازة القانونية لأن دعوى استرداد الحيازة تبقى في هذه الحالة جزاء انتزاع الحيازة بالقوة[1].

ثانيا: دعوى منع التعرض في الحيازة

دعوى منع التعرض هي الدعوى التي نصت عليها المادة 820 من القانون المدني والتي تنص على من حاز عقارا واستمر حائزا مدة سنة كاملة ثم وقع له تعرض في حيازته جاز له أن يرفع خلال السنة دعوى منع التعرض . أتناول دعوى منع التعرض كسابقتها من حيث الأشخاص والسبب والموضوع على النحو التالي:

1- أشخاص دعوى منع التعرض

أشخاص دعوى منع التعرض في الحيازة هو الحائز وهو المدعي الذي يرفع الدعوى ويطلب فيها منع التعرض والمدعى عليه وهو المعتدي على الحيازة الذي ترفع عليه الدعوى وأتناول كل واحد منهما على الوجه التالي:

أ- المدعي في دعوى منع التعرض

إذا وقع التعرض للحائز في حيازته فيرفع دعوى منع التعرض في الحيازة ويجب عليه أن يثبت أنه كان حائزا للعقار وكانت لديه السيطرة المادية وتم التعرض له وأن حيازته كانت أصلية لا عرضية ويجب على المدعي أن يرفع الدعوى خلال سنة تبدأ من تاريخ التعرض ومدة سنة هي مدة سقوط وليست مدة التقادم . وتبعا لذلك فهي تسري على غير كامل الأهلية والغائب ولا تتوقف ولا تنقطع[2].

1- السنهوري، الوسيط ، ج 9، ص 913.

2- السنهوري ، الوسيط ، ج 9، ص 1288.

ولا يجوز للحائز العرضي أن يرفع دعوى منع التعرض في الحيازة ، لأن الحائز العرضي يحوز حق الملكية للحائز الأصلي وهو الذي تثبت له الصفة في دعوى منع التعرض وليس للحائز العرضي أية صفة في رفع هذه الدعوى فإذا رفعها وجب الحكم بعدم القبول غير أنه يستثني من هذه القاعدة حيث يسمح للمستأجر باعتباره حائزا عرضيا أن يرفع دعوى منع التعرض وغيرها من دعاوى الحيازة الأخرى وهو الاستثناء المنصوص عليه بالمادة 487 من القانون المدني.

ويجب على المدعي أن يثبت أن حيازته قد دامت سنة كاملة ويكفي أن يثبت أنه حاز العقار قبل وقوع التعرض بسنة كاملة وكان يحوزه وقت التعرض له وبالتالي يفترض أنه استمر حائزا له في الفترة ما بين الزمنيين[1] وهذا ما تقضي به المادة 830 من القانون المدني.

هذا فيما يتعلق بدور المدعي في دعوى منع التعرض وانتقل الآن إلى المدعى عليه.

ب- المدعى عليه في دعوى منع التعرض

المدعي عليه في دعوى منع التعرض هو كل شخص يتعرض للمدعي في حيازته.

ويقصد بالتعرض كل عمل مادي أو تصرف قانوني يتضمن إدعاء يعارض به حيازة المدعي.

والتعرض قد يصدر عن شخص طبيعي أو معنوي وهذا الأخير قد يكون عاما أو خاصا وقد يكون التعرض المادي ناجما عن أشغال عامة أو خاصة.

ويقصد بالتعرض المادي كل عمل من أعمال التعدي الذي يقع على حيازة المدعي كدخول المدعى عليه أرض المدعي بدون إذنه أو إقامة المدعى عليه حائطا أو بناء يسد به مطلا أو يمنع به نورا أو مرور المدعى عليه في أرض جاره مدعيا أن له حق الارتفاق[2].

---

1 - السنهوري، الوسيط ، ج 9، ص 926.
2 - السنهوري ، الوسيط ج 9 ص 943.

وقد ينجم التعرض عن أشغال عامة تقوم بها الإدارة على حقوق الأفراد وتعد هذه الأشغال التي تقوم بها الإدارة تعرضا ماديا[1].

وقد يقع التعرض عن أشغال خاصة رخصت بها الإدارة كما إذا رخصت الإدارة لشخص ببناء جدار فيحق للحائز أن يرفع دعوى منع التعرض بإزالة الأعمال التي تمت ونجم عنها تعرض للحيازة ولا يمنع ذلك صدور ترخيص من الإدارة بالسماح بهذه الأشغال[2].

والتعرض قد يكون ناجما عن تصرف قانوني يصدر من المدعى عليه يعلن فيه نيته في معارضته لحيازة المدعي كأن يوجه المدعى عليه إنذارا إلى المدعي باعتباره مستأجرا أن يدفع الأجرة له هو لا للمؤجر. وقد يقع التعرض عن طريق نزاع على الحيازة برفع دعوى أمام القضاء يدعي فيها الخصم الحيازة لنفسه فيرفع المدعى عليه دعوى يطالب حماية حيازته هو[3].

2- سبب دعوى منع التعرض

يتمثل سبب دعوى منع التعرض في الحيازة في الاعتداء الواقع على حيازة المدعي وقد يكون مصدر هذا الاعتداء تعرضا ماديا وقد يكون هذا التعرض ناجما عن أشغال عامة أو خاصة وقد يكون ناجما عن التصرف القانوني.

يجب أن تكون حيازة المدعي حيازة أصلية لا حيازة عرضية وأن يثبت المدعي حيازته للعقار محل الاعتداء بإثباته الركن المادي في الحيازة ، إلى جانب ذلك ، أن يثبت سبب الدعوى و تعيينه تعيينا كافيا وذلك بتعيين نوع هذا الاعتداء وما إذا كان مصدره تعرضا ماديا أو تعرضا قانونيا.

1- السنهوري، الوسيط ، ج 9، ص 935.

2- يحق لكل شخص إذا ما وقع تعرض لحيازته عن أشغال رخصت بها الإدارة أن يرفع دعوى منع التعرض على صاحب الأشغال أمام القضاء العادي لأن هذا الترخيص يعني أن هذه الأعمال لا تتعارض مع المصلحة العامة مع حفظ حقوق الأفراد إذا ما أصابهم ضرر جراء هذه الأعمال ، السنهوري ، الوسيط ، ج 9، ص 945.

3- السنهوري، الوسيط ، ج 9 ، ص 935.

وجدير بالملاحظة فإن القضاء المستعجل يختص بكل من دعوى استرداد الحيازة ودعوى وقف الأعمال الجديدة في الحيازة غير أنه لا يختص بدعوى منع التعرض في الحيازة لأنه يتطلب من القاضي إذا ما أراد أن يفصل فيها أن يفحص أساس النزاع.

ويحق للمدعي أن يرفع دعوى الملكية إذا خسر دعوى منع التعرض فإذا خسر دعوى الملكية استقرت الحيازة في يد المدعي عليه.

3- موضوع دعوى منع التعرض

موضوع دعوى منع التعرض يكون بإزالة الأعمال التي تمت وأصبحت تشكل تعرضا لحيازة المدعي ويستوي أن تكون قد تمت تلك الأعمال في عقار المدعي أو المدعى عليه ويجب تعيين موضوع الدعوى تعيينا نافيا للجهالة بأن يبين نوع الأعمال التي أصبحت تشكل تعرضا في الحيازة وإذا كان مصدر التعرض عملا ماديا وجب وصف هذا العمل وتحديد طبيعته.

وإذا كان عملا قانونيا وجب وصفه بما إذا كان إنذارا أو دعوى قضائية أو تصرفا قانونيا ويحكم القاضي بإزالة الأعمال التي تمت في الحيازة أو بهدم البناء الذي قد أقيم أو إقامة بناء قد هدم وبإعادة الشيء إلى أصله.

والحكم بالإزالة أو الهدم أو إقامة بناء قد هدم لا يجوز لقاضي الحيازة أن يحكم بغرامة تهديدية على المدعى عليه لإجباره على الإزالة أو لإعادة الشيء إلى أصله[1] لأنه إذا امتنع المدعى عليه عن ذلك جاز للمدعي أن يطلب من القضاء أن يرخص له للقيام بهذه الإزالة أو إعادة الشيء إلى أصله على نفقة المدعى عليه، طبقا لما تقضي به المادة 173 من القانون المدني.

1 - يذهب المرحوم عبد الرحمان السنهوري ، إلى أنه يجوز لقاضي الحيازة أن يحكم بغرامة تهديدية على المدعى عليه لإجباره على تنفيذ الحكم بالإزالة أو بإعادة الشيء إلى أصله . أنظر الوسيط ج 9 ، ص......

في حين أنه لا يحكم بالغرامة التهديدية لإجبار المدين على التنفيذ إلا إذا أصبح تنفيذ الالتزام عينا مستحيلا أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه

بينما في هذه الحالة فإن تنفيذ الالتزام عينا لا يتطلب تدخل المدين شخصيا فإذا امتنع جاز للدائن أن يطلب الترخيص من القضاء أن يقوم بأعمال الإزالة على نفقة المدين

وقد يصعب على المدعي من الناحية العملية وصف و تحديد هذا التعرض إذا كان قائما على عمل مادي مما يقتضي اللجوء إلى خبرة.

ثالثا: دعوى وقف الأعمال الجديدة

لقد نصت المادة 831 من القانون المدني على دعوى وقف الأعمال الجديدة وقد جاء فيها ما يلي:

"يجوز لمن حاز عقارا واستمر حائزا له مدة سنة كاملة وخشي لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته أن يرفع الأمر إلى القاضي طالبا وقف هذه الأعمال شرط ألا تكون قد تمت ولم ينقض عام واحد على البدء في العمل الذي يكون من شأنه أن يحدث الضرر.

وللقاضي أن يمنع استمرار الأعمال أو يأذن في استمرارها وفي كلتا الحالتين يجوز للقاضي أن يأمر بتقديم كفالة مناسبة ......إلخ.

أتناول دعوى وقف الأعمال الجديدة استنادا إلى هذا النص وذلك من حيث الأشخاص والسبب والموضوع وذلك على الوجه التالي:

1- أشخاص دعوى وقف الأعمال الجديدة

أشخاص دعوى وقف الأعمال الجديدة في الحيازة هما الحائز وهو المدعي الذي يرفع الدعوى والمدعى عليه الذي أصبح يهدد حيازة المدعى بالخطر وأتناولهما فيما يلي :

أ- المدعي في دعوى وقف الاعمال الجديدة

يجب على المدعي الذي يرفع دعوى وقف الأعمال الجديدة أن يستند إلى حيازة أصلية لا حيازة عرضية وذلك ما تقضي به المادة المشار إليها أعلاه.

ويجب أن تقوم دعوى وقف الأعمال الجديدة على أسباب معقولة تدعو إلى الاعتقاد أن هذه الأعمال لو تمت ستصبح تعرضا لحيازة المدعي في المستقبل [1] ويتعين أن تقع هذه الأعمال في عقار المدعى عليه لأنها لو وقعت في عقار المدعي لأصبحت تعرضا للحيازة تسمح له أن يرفع دعوى منع التعرض و ليس دعوى وقف الأعمال الجديدة.

وتبدأ الأعمال الجديدة التي يتخذ منها المدعي سببا لرفع هذه الدعوى في شروع المدعى عليه في الأعمال على عقاره كبناء سور في حدود أرضه أو إقامة بناء، حيث لو تم لأصبح تعرضا لحيازة العقار المجاور ويجب ألا تصل تلك الأعمال إلى مستواها النهائي فالمدعى عليه الذي شرع في بناء الحائط أو إقامة البناء لم يصل إلى سد النور أو منع الهواء أو الضوء أو إنشاء المطل على جاره ومن ثم لا يكون هناك محل لرفع دعوى منع التعرض في الحيازة ما دام لم ينته من الأعمال.

ودعوى وقف الأعمال الجديدة يجب ألا تستند إلى سند قانوني فإذا شرع المدعى عليه في أعمال البناء في حدود ملكيته تاركا المسافة القانونية بينه وبين جاره فلا يجوز للمدعي أن يرفع دعوى وقف الأعمال الجديدة على المدعى عليه ما دام يقوم بهذه الأشغال وفقا للقانون حتى ولو أدت هذه الأشغال إلى سد النور أو الهواء أو المطل على جاره.

ودعوى وقف الأعمال الجديدة ليست إلا دعوى وقائية تهدف إلى منع وقوع ضرر محتمل تكون فيها مصلحة المدعى مصلحة محتملة و لكنها مقبولة استثناءا و ذلك ما تقضي به المادة المشار إليها أعلاه.

ودعوى وقف الأعمال الجديدة ذات طابع استعجالي وبالتالي يختص بها القضاء المستعجل.

وقاضي الأمور المستعجلة يحكم إما بوقف الأشغال أو باستمرارها إلى أن ترفع دعوى الملكية وفي كلتا الحالتين يجوز للقاضي أن يأمر بتقديم كفالة مناسبة.

1 - فتحي والي، المرجع السابق، ص 95.

ب- المدعى عليه في دعوى وقف الأعمال الجديدة

ترفع دعوى وقف الأعمال الجديدة في الحيازة على المدعى عليه الذي شرع في الأعمال الجديدة في حدود عقاره الذي يملكه بشرط ألا تصل تلك الأعمال إلى حد تصبح فيها تعرضا لحيازة المدعي.

ويجب أن تنطوي هذه الأشغال على تهديد حيازة المدعي وأن يكون هذا التهديد حقيقيا قائما على أسباب موضوعية.

ولا يكفي أن يستند المدعى عليه إلى ترخيص إداري يسمح له بالقيام بهذه الأشغال لأن الإدارة عندما تمنح هذه الرخصة فهي تتحقق فقط من أن هذه الأشغال لا تلحق ضررا بالمصلحة العامة في حين يبقى حق الشخص محفوظا[1] في حالة ما إذا لحقت به أضرارا جراء هذه الأعمال كان يثبت وأن هذه الأعمال مخالفة لقواعد العمران ونتيجة لذلك تلحق به ضررا لو تمت.

ويحق لكل شخص تضرر من هذه الأشغال التي شرع فيها المدعى عليه استنادا إلى الرخصة الإدارية أن يلجأ إلى القضاء العادي لطلب وقف هذه الأعمال و ليس القضاء الإداري لأن الأمر يتعلق بنزاع بين شخصين عاديين فهو لا ينازع الإدارة.

والدفوع التي يتمسك بها المدعى عليه هي الدفوع المتعلقة بطبيعة الحيازة كان يدفع بأن حيازة المدعي ليست حيازة أصلية بل هي حيازة عرضية أو أن الأعمال التي شرع فيها لا تشكل أي خطر على حيازة المدعي وأنه يقوم بهذه الأشغال في حدود القانون ولم يتجاوزه فإذا استطاع أن يثبت ذلك قضي في الدعوى بعدم الاختصاص.

هذا فيما يتعلق بعنصر الأشخاص وأنتقل الآن إلى عنصر السبب وذلك على الوجه التالي:

1- السنهوري، الوسيط ، ج 9، ص 943.

2- سبب دعوى وقف الأعمال الجديدة

تعتبر الأعمال الجديدة التي شرع فيها المدعى عليه في العقار الذي يملكه هي سبب دعوى وقف الأعمال الجديدة في الحيازة وما تشكله من تهديد على حيازة المدعي.

ويجب على المدعي أن يقوم بتحديد وتعيين نوع هذا السبب . وذلك بتحديد نوع الأعمال الجديدة التي شرع فيها المدعى عليه وعادة ما تكون هذه الأعمال أعمالا مادية مثل أعمال البناء وأن يبين بأنه لو تمت ستؤدي إلى سد النور أو منع الهواء أو المطل أي ستصبح تعرضا فعليا للحيازة.

ويقع على عاتق المدعي عبء إثبات سبب دعوى وقف الأعمال الجديدة ويلجأ في ذلك إلى كافة وسائل الإثبات بما فيها البينة والقرائن باعتبار سبب دعوى وقف الأعمال الجديدة هو عبارة عن واقعة مادية تتمثل في الشروع المدعى عليه في الأعمال الجديدة.

هذا فيما يتعلق بالسبب أما موضوع دعوى وقف الأعمال الجديدة فهو كما يلي:

3- موضوع دعوى وقف الأعمال الجديدة

موضوع الدعوى أيا كان نوعها فهو إما أن يكون تقريرا أو إنشاءا أو إلزاما بأداء معين قابل للتنفيذ الجبري وموضوع دعوى وقف الأعمال الجديدة يكون دائما إلزام المدعى عليه بوقف الأعمال الجديدة التي شرع فيها أو باستمرار الأعمال التي شرع فيها المدعى عليه وقاضي الحيازة يحكم بوقف الأشغال أو باستمرارها وفي كلتا الحالتين قد يحكم بالكفالة ضمانا لتعويض المدعى عليه على الضرر اللاحق به جراء الوقف أو ضمانا للمدعي في حالة الحكم باستمرار الأعمال إذا حكم بعدم أحقية المدعى عليه في إقامة هذه الأشغال لتصبح الكفالة ضمانا للإزالة.

ويشترط في الأعمال التي يجب طلب وقفها أن تكون قد بدأت ولم تتم بعد و أن تكون هذه الأعمال قد بدأت في عقار المدعى عليه.

وقاضي الحيازة يحكم بوقف الأشغال أو باستمرارها إلى أن ترفع دعوى الملكية فإذا ما قضى بحكم نهائي في دعوى الملكية أن المدعى عليه كان على حق و أن اعتراض المدعي على استمرار الأعمال كان على غير حق من حيث موضوع الحق لا من حيث موضوع

الحيازة حكم على المدعي بتعويض المدعى عليه عن الضرر الذي أصابه جراء وقف الأعمال الجديدة ومن ثم تكون الكفالة التي قدمها المدعي بناء على حكم قاضي الحيازة ضمانا لهذا التعويض [1].

أما إذا استمر المدعى عليه في الأعمال الجديدة ثم حكم في دعوى الملكية وأن المدعي هو المحقق في اعتراضه من حيث موضوع الحق حكم على المدعى عليه بإزالة هذه الأعمال ومن ثم تكون الكفالة التي قدمها المدعى عليه بناء على حكم الحيازة ضمانا لهذه الإزالة [2].

هذا بعد أن تطرقت إلى وسائل حماية الحيازة الآن أتطرق إلى نطاق الحيازة على الوجه التالي:

الفرع الثاني
قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة والملكية

تطرح قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة والملكية العلاقة القائمة بينهما من حيث الحماية القضائية إذ يجب ألا تقترن حماية الحيازة بالملكية ومن ثم فإن القاعدة تطرح نطاق حماية الحيازة.

وتبعا لذلك يبقى السؤال مطروحا حول ما إذا تم رفع دعوى الحيازة فما أثر ذلك على الملكية وهل يحق للحائز أن يرفع كلا من دعوى الحيازة والملكية في آن واحد ؟

وإذا تم رفع دعوى الملكية فما أثر ذلك على دعوى الحيازة ؟

وهل للحائز لأجل حماية الحيازة أن يستند إلى الملكية ؟ ومن يتقيد بهذه القاعدة فهل يتقيد بها المدعي فقط أم يمتد ذلك إلى كل من المدعى عليه والقاضي ؟ وتلك هي

1- السنهوري، الوسيط ، ج 9 ، ص947 .
2- السنهوري، الوسيط ، ج 9، ص 948 .

المسائل التي أتطرق إليها فيما يخص كل من المدعي والمدعى عليه والقاضي على الوجه التالي:

أولا: قاعدة عدم جواز الجمع تلزم المدعي

تلزم قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة والملكية المدعي فتحظر المادة 529 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المدعي أن يقوم بالجمع بين الدعويين حيث تنص على ما يلي:

"لا تقبل دعوى الحيازة ممن سلك طريق دعوى الملكية".

ويستخلص من هذا النص أنه في حالة ما إذا جمع المدعي بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية يترتب عليه سقوط دعوى الحيازة[1], وبقاء دعوى الملكية مطروحة أمام قضاة الموضوع التي يجب الفصل فيها على هذا الاساس.

و يمكن تصور الجمع بين الدعويين في ثلاث صور على النحو التالي :

أ- المدعي يرفع دعوى الحيازة و يستند إلى أصل الحق

قد يلجأ المدعي إلى رفع دعوى الحيازة مطالبا حمايتها ولكن يستند إلى أسباب الملكية كما إذا رفع دعوى استرداد الحيازة ويستند في تبرير دعواه إلى أسباب الملكية على اعتبار

1- القرار الصادر بتاريخ 1998/02/04 رقم 161076 عن المحكمة العليا الغرفة المدنية,القسم الأول, غير منشور, حيث جاء فيه ما يلي:

" حيث أنه كما هو ثابت من وقائع القضية أن الطاعن إلتجا على قضاة الموضوع للمطالبة بعدم التعرض له من قبل المطعون عليه في استعمال العين التي توجد تحت سيطرته المادية وبالتالي فهو يستند إلى دعوى منع التعرض وليس إلى دعوى الحق ومن ثمة كان يجب على قضاة المضوع أن يتطرقوا إلى مناقشة مدى توفر شروط هذه الدعوى. فإن وجدوا أن الطاعن يحوز المسكن المتنازع عليه وكان وقت القيام بغلق عليه الباب تتوفر لديه السيطرة المادية فيجب عليهم أن يمنعوا المطعون عليها من التعرض له في حيازته دون أن يتطرقوا إلى بحث مسألة ما إذا كان صاحب حق أم لا. وحيث أن الطاعن عندما استند إلى دعوى منع التعرض في حين قضاة الموضوع تطرقوا إلى مناقشة أصل الحق فقد جمعوا بذلك بين دعوى الحيازة والملكية. مما يعد ذلك خرقا لأحكام المادة 416 من قانون الاجراءات المدنية ويعرض قرارهم للنقض".

أن العقار الذي يحوزه تعود ملكيته إليه عن طريق الشراء بموجب عقد بيع معين أو عن طريق الهبة أو الوصية أو الحيازة التي دامت مدة 15 سنة.

ففي هذه الأمثلة فالمدعي بعد أن رفع دعوى الحيازة استند إلى أساس وجودها إلى أصل الحق في حين أن الحيازة تحظى بالحماية القضائية لذاتها دون أن تقترن بالملكية وبذلك يكون المدعي قد جمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية مما يترتب عليه سقوط دعوى الحيازة وبقاء دعوى الملكية التي يجب على القاضي أن يفصل فيها.

على خلاف ما تذهب إليه بعض الأحكام القضائية حيث تقضي في حالة الجمع بين الدعويين برفض دعوى الحيازة والملكية معا وهو أمر يخالف أحكام المادة 527 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تقضي بعدم قبول دعوى الحيازة في حالة الجمع بينهما وبين دعوى الملكية فتبقى هذه الأخيرة قائمة أمام المحكمة التي يجب الفصل فيها[1].

ومن الأمثلة على ذلك الدعوى التي يرفعها المدعي أمام القضاء ويطلب فيها الحكم على المدعى عليه بالكف عن كل اعتداء على القطعة الأرضية المتنازع عليها التي يحوزها هو ومن قبل أبوه وجده منذ أكثر من سبعين سنة.

1 - أنظر قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية الصادر بتاريخ 1991/05/15 رقم 74699 إذ جاء فيه ما يلي: "حيث أن الطاعن وبالرغم من تمسكه بالدفع المتعلق بعدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية فإن قضاة الاستئناف لم يناقشوا هذا الدفع والرد عليه بأسباب سائغة بل قضوا بتأييد الحكم الابتدائي مستندين في ذلك إلى تلك الأسباب التي تتعلق بالملكية، في حين أن الحكم الأول قضى في الدعوى على أساس الحيازة"

وقد انتهت تلك الدعوى إلى رفضها على أساس أن حيازة المدعي غير ثابتة في حين أن المدعي كان يتمسك بالملكية مستندا في ذلك إلى الحيازة باعتبارها سببا للملكية التي يدعيها[1].

---

1 - أنظر قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية الصادر بتاريخ 1992/06/24 رقم 90775 إذ جاء فيه ما يلي :

"أنه ثابت من القرار المطعون فيه أن الطاعنين تمسكوا بالحيازة أمام قضاة الموضوع باعتبارها سببا لملكيتهم و كان عليهم أن يناقشوا هذا الوجه وأن يردوا عليه بأسباب سائغة وأن يبحثوا ما إذا كان الطاعنون حازوا هذه القطعة لمدة أكثر من ثلاثين سنة فيرتبوا على الحيازة - باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية من عدمه- أثرها و هو كسب ملكية العقار بالتقادم"

. انظر القرار الصادر بتاريخ 2014/02/13 رقم 836808 عن المحكمة العليا، الغرفة العقارية، القسم الخامس، غير منشور، حيث جاء فيه ما يلي :

حيث أن الطاعنين يعيبون على القرار المطعون فيه ، بدعوى أن كل الطلبات والطلبات المقابلة تتعلق بالملكية ، فقد تمسك الطاعنون بالملكية التي انتقلت إليهم عن طريق الميراث ، في حين أن المطعون عليه تمسك بالملكية استنادا إلى التنازل من طرف مورث الطاعنين ، ولم يطرح عليهم نزاعا يتعلق بدعوى استرداد الحيازة ، وأن قضاة الموضوع عندما فصلوا في الدعوى على أنها دعوى حيازة وليس دعوى ملكية قد أخطأوا في تطبيق القانون ، مما يعرض قضاءهم للنقض.

وحيث أن ما يعيبه الطاعنون على القرار المطعون فيه في محله ، ذلك أنه سبق لهم أن قدموا شهادة صادرة من البلدية تؤكد أن مورثهم يملك عقارا ذا طبيعة عرش ، وكذلك الشهادة السلبية الصادرة عن المحافظة العقارية تفيد وأن مورث الطاعنين لم يتصرف في هذا العقار الذي تملكه قبل سنة 1950.

وحيث أن مفهوم أرض العرش يشير إلى مصدرها التاريخي ، والتي كانت مملوكة للعرش (القبيلة) ثم انتقلت ملكيتها لأحد الأشخاص والتي أصبح يملكها ملكية فردية ، يعترف له الجميع بها ، وسند ملكيته الحيازة التي دامت أكثر من ثلاثين سنة ، طبقا لأحكام القانون المدني القديم ، كما ينصرف مفهوم أرض العرش إلى تلك الأراضي التي يملكها أصحابها استنادا إلى التقادم المكسب ، والتي لم تحرر بشأنها سندات رسمية ، ولم تشهر بالمحافظة العقارية. وحيث أن قانون الثورة الزراعية ، قد أدخل كل أراضي العرش ، ضمن صندوق الثورة الزراعية ، وأن الأراضي – وإن سميت بأرض العرش – التي لم يتم إدماجها ضمن صندوق الثورة الزراعية ، وبقي أصحابها يستغلونها ولم تنتزع منهم ، وبذلك تكون الدولة قد اعترفت لهؤلاء بالملكية استنادا إلى الحيازة.

وحيث أن الطاعنين قدموا شهادة سلبية من المحافظة العقارية ، تثبت وأن مورثهم يملك هذا العقار قبل سنة 1950 ، ولم يثبت أنه خرج عن حيازته ، ثم انتقلت ملكيته إلى الورثة ، وهو الأمر الذي تؤكد عليها تلك الشهادة الصادرة عن البلدية ، وأن مورث الطاعنين يملك ذلك العقار ذا طبيعة عرش ، أي ليس له سند رسمي مشهر بل يملكه عن طريق الحيازة باعتباره سببا لها.

وحيث أن قضاة الموضوع ، قد انتهوا إلى أن العقار المتنازع عليه ذو طبيعة عرش تعود ملكيته للدولة ، في حين أن النزاع قائم بين الأفراد ، وتبعا لذلك كان يتعين عليهم أن يفصلوا فيه على أساس دعوى الملكية استنادا إلى الحيازة ، ومن ثمة وجب عليهم أن يبينوا متى وضع مورث الطاعنين يده وبدأ السيطرة المادية عليه ، ثم بعد ذلك انتقلت هذه السيطرة إلى الورثة ، فإذا تبين لهم أن مورث الطاعنين حاز العقار حيازة قانونية ، صرحوا بملكية العقار للطاعنين ، وأما إذا تبين لهم غير ذلك صرحوا برفض دعواهم.

وتكييف الدعوى ما إذا كانت دعوى حيازة أم دعوى ملكية هي مسألة قانون تخضع لرقابة المحكمة العليا[1].

وهكذا يتبين لنا أن المدعي إذا رفع دعوى الحيازة وفي ذات الوقت يتمسك بدعوى الملكية أو يستند إلى أصل الحق أي يسلك طريق الملكية فيترتب عن هذا الجمع سقوط دعوى الحيازة وبقاء دعوى الملكية أمام المحكمة التي يجب أن تفصل فيها على هذا الأساس.

<<<<

وحيث أن قضاة الموضوع عندما فصلوا في النزاع المطروح عليهم على أساس دعوى استرداد الحيازة ، في حين أن الدعوى المطروحة عليهم ، هي دعوى ملكية استنادا على الحيازة ، قد أخطأوا في تكييف الوقائع ، مما يعد ذلك خطأ في تطبيق أحكام المادتين 827 و1002 من القانون المدني ، يعرض قضاءهم للنقض".

1- أنظر قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية الصادر بتاريخ 1991/02/20 رقم 68260 إذ جاء فيه ما يلي :

"كون القرار المطعون فيه يقرر أن الدعوى هي دعوى حيازة فكان على قضاة الموضوع أن يحترموا مقتضيات المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية.

في حين أن الدعوى قد انطلقت على أساس دعوى الملكية لكن اعتبروها دعوى الحيازة و هذا تطبيق خاطئ للقانون مما يترتب عليه نقض القرار المطعون فيه.

وحيث أنه وكما هو ثابت أن الدعوى قد انطلقت على أساس أنها دعوى ملكية وذلك عندما تمسك المدعى عليه في الطعن بحقه في القطعة الأرضية المتنازع عليها والراجعة له عن طريق الميراث ولم يتمسك بدعوى الحيازة.

وحيث أن قضاة الموضوع عندما انتهوا إلى الفصل في الدعوى على أساس دعوى حيازة يكونون بذلك قد اخطأوا في تطبيق القانون مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض والإلغاء"

2- المدعي يرفع دعوى الحيازة ثم يرفع دعوى الملكية

لكي تتحقق هذه الفرضية هي أن يلجأ المدعي إلى رفع دعوى الحيازة وقبل الفصل فيها يبادر إلى رفع دعوى الملكية وبذلك يطرح المدعي أمام القضاء كلا من دعوى الحيازة ودعوى الملكية ومن ثم يكون المدعي قد جمع بين الدعويين وذلك عندما بادر إلى رفع دعوى الملكية قبل الفصل في دعوى الحيازة ، وسواء رفعها أمام نفس المحكمة التي تنظر دعوى الحيازة أم رفعها أمام محكمة أخرى ، فالجمع قد وقع بين الدعويين [1].

ويترتب عليه سقوط دعوى الحيازة التي يجب على القاضي أن يصرح بعدم قبولها [2] و بقاء دعوى الملكية أمام المحكمة التي يجب الفصل فيها [3].

3- المدعي يرفع دعوى الملكية ثم دعوى الحيازة

لكي تتحقق هذه الفرضية هي أن يلجأ المدعي إلى رفع دعوى الملكية وقبل الفصل فيها يبادر إلى رفع دعوى الحيازة فيعد ذلك جمعا بين الدعويين وذلك بعد أن بادر إلى رفع دعوى الملكية ومن ثم يكون قد اختار الطريق الصعبة وهي طريق الملكية وتنازل عن

---

1 - أنظر قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية الصادر بتاريخ 1991/05/15 رقم 74699 إذ جاء فيه ما يلي:
"حيث أن الطاعن يعيب على القرار المطعون فيه وذلك أن قضاة الموضوع ورغم تمسكك أمامهم بدفع يتعلق بعدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة والملكية فلم يردوا على هذا الدفع مما يعد ذلك قصورا في الأسباب يعرض القرار المطعون فيه للنقض

وحيث أنه و كما هو ثابت من الحكم الابتدائي المؤيد بالقرار المنتقد إذ أنه اعتبر الدعوى هي دعوى حيازة وفصل فيها على هذا الأساس في حين أن المدعي لم يتمسك بدعوى الحيازة التي تتميز شروطها وآثارها عن دعوى الملكية

وحيث أن الطاعن بالرغم من تمسكه بالدفع المتعلق بعدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية فإن قضاة الاستئناف لم يناقشوا هذا الوجه والرد عليه بأسباب سائغة بل قضوا بتأييد الحكم الابتدائي على أسباب تتعلق بالملكية في حين أن الحكم الأول قضى في الدعوى على أساس أنها دعوى حيازة وبذلك عرضوا قضاءهم للنقض"

2 - يترتب على الجمع بين الدعويين عدم قبول دعوى الحيازة وهذا الدفع يتعلق بالنظام العام ذلك أن قاعدة عدم جواز الجمع بين الدعويين قاعدة تتعلق بسلطة القضاء في منح الحماية القضائية.
كذلك فإن القاعدة تهدف إلى تيسير حسن سير مرفق القضاء، لأنها تعفي القاضي من الخوض في مناقشة دعويين وما في ذلك من مشقة كذلك فإن وظيفة الحيازة هي وظيفة احتياطية لحماية الملكية.
فتوقف الحماية القضائية للحيازة في انتظار رفع دعوى الملكية وما دام أن الحائز قد اختار دعوى الملكية يكون بذلك قد تنازل عن حقه في حماية الحيازة.

3 - السنهوري، الوسيط ، ج 9 ، ص 961.

الطريق السهل الميسر طريق دعوى الحيازة مما يتعين على المحكمة أن تصرح بعدم قبول دعوى الحيازة.

وهو المبدأ الذي أكدت عليه المحكمة العليا في عدد من أحكامها وقد جاء فيها ما يلي:

"حيث أن الطاعن ينعي على القرار المطعون فيه بدعوى أن المطعون عليهم قد سبق لهم أن سلكوا دعوى الملكية من خلال دعواهم التي انتهت إلى صدور الحكم المؤرخ في 1994/01/30 الذي قضى برفض الدعوى على الحال.

وبعد صدور هذا الحكم الذي تمسكوا فيه بالملكية رفعوا دعوى جديدة تتعلق بنفس الأشخاص زاعمين فيها حيازتهم لنفس العقار المتنازع عليه وقد انتهى هذا النزاع إلى صدور القرار محل الطعن بالنقض الذي اعتبر هذه الدعوى الأخيرة دعوى حيازة مما يعد ذلك جمعا بين الدعويين وهو ما يشكل خرقا لأحكام المادة 418 من قانون الإجراءات المدنية يعرض القرار المطعون فيه للنقض.

وحيث أن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في محله ذلك أن قضاة المجلس قد اعتبروا أن هذه الدعوى الأخيرة دعوى حيازة و فصلوا فيها على هذا الأساس.

في حين أن المطعون عليهم قد سبق لهم أن رفعوا دعوى الملكية قبل رفع دعوى الحيازة فيترتب عليه سقوط دعوى الحيازة وبقاء دعوى الملكية.

وبالتالي كان على قضاة الموضوع أن يفصلوا في النزاع على أساس دعوى الملكية وليس على أساس دعوى الحيازة التي سقطت نتيجة الجمع بينها بين دعوى الملكية ولما فصلوا فيها على هذا الأساس قد عرضوا بذلك قضاءهم للنقض والإبطال[1].

1- انظر قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية ، القسم الأول ، الصادر بتاريخ 1999/02/03 رقم 174802، غير منشور، حيث جاء فيه مل يلي:

"أن الطاعن ينعي على القرار المطعون فيه، بدعوى أن النزاع، المطروح على قضاة الموضوع، وهو منع التعرض طبقا لما تقضي به المادة 820 مدني و المادة 413 إجراءات مدنية.

في حين المجلس قضى برفض الدعوى استنادا إلى أن حيازة الطاعن لم تدم 15 سنة، مما يعد ذلك خرقا للقانون يعرض القرار المطعون فيه للنقض.

وحيث أن مايعيبه الطاعن على القرار المطعون في محله، ذلك أن النزاع المطروح على قضاة الموضوع يتعلق بدعوى منع التعرض في الحيازة، في حين قضاة الموضوع رفضوا الدعوى استنادا إلى أن حيازة الطاعن لم تدم 15 سنة، بذلك يكونوا قد جمعوا بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية.

وتبعا لذلك فإذا رفع المدعي دعوى الملكية إلى المحكمة يؤدي ذلك حتما إلى سقوط دعوى الحيازة.

لكنه فما هو الحكم إذا رفع المدعي دعوى الملكية إلى المحكمة غير مختصة وصدر حكم يقضي بعدم الاختصاص، أو رفع الدعوى ثم صدر حكم يقضي بترك الخصومة أو رفع الدعوى وانتهت إلى صدور حكم يقضي ببطلان المطالبة القضائية فهل يحق له أن يرفع دعوى الحيازة، وإن رفعها هل يحق للمدعي عليه أن يتمسك بعدم قبول دعوى الحيازة، نتيجة الجمع بينها وبين دعوى الملكية[1].

وحيث أنه يجب التمييز بين دعوى منع التعرض في الحيازة، ولكي تكون مقبولة يجب أن تتوفر على شروط قبولها أمام القضاء، بحيث يجب أن تكون حيازة الحائز حيازة صحيحة، وأن تدوم هذه الحيازة مدة سنة كاملة، وبين الحيازة عندما تصبح سببا لكسب الملكية، إذا دامت 30 سنة إذا كان يعود وضع اليد قبل 5 جويلية 1975، أي قبل سريان هذا القانون، وذلك طبقا لما تقضي به المادة 1002 مدني. =

= أما إذا كان يعود وضع اليد إلى ما بعد سريان القانون المدني المشار إليه أعلاه فإن الحيازة إذا دامت 15سنة، تصبح سببا لكسب الملكية.

وحيث أن قضاة الموضوع، عندما تطرقوا إلى مناقشة دعوى الملكية، استنادا إلى الحيازة باعتبارها سببا لكسب الملكية بدل مناقشة شروط قبول دعوى منع التعرض في الحيازة، يكونون بذلك قد جمعوا بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية، وهو الجمع الذي تحظره المادة 416 من قانون الإجراءات المدنية مما يعرض قرارهم للنقض "

1- يثار التساؤل حول ما إذا رفع المدعي دعوى الملكية إلى محكمة غير مختصة ، فهل يؤدي ذلك إلى سقوط دعوى الحيازة ؟

إجابة عن هذا السؤال: يرى جانب من الفقه أنه في حالة رفع دعوى الملكية إلى محكمة غير مختصة يؤدي إلى سقوط الحق في دعوى الحيازة (أنظر السنهوري: الوسيط ، ج 09 ، ص 957).

غير أننا نرى عكس ذلك: ونعتقد أنه إذا رفع المدعي دعوى الملكية إلى محكمة غير مختصة وصدر حكم يقضي فيها بعدم الاختصاص ، فإن ذلك لا يؤدي إلى سقوط الحق في دعوى الحيازة . لأن رفع دعوى إلى محكمة غير مختصة يترتب عليه بطلان جميع الإجراءات وزوال الآثار المترتبة عن المطالبة القضائية . ما لم يوجد نص يقضي خلاف ذلك . كما هو الشأن بالنسبة لرفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة يؤدي إلى قطع التقادم.

وكذلك الشأن بالنسبة لترك الخصومة أو صدور حكم يقضي ببطلان إجراءات المطالبة القضائية لا يؤدي كل ذلك إلى سقوط الحق في دعوى الحيازة لأن كل من الترك والبطلان يؤدي إلى زوال جميع الآثار المترتبة عن ذلك . ويعيد الأطراف إلى مراكزهم القانونية قبل رفع الدعوى ، و من ثم و من حق الحائز أن يرفع دعوى الحيازة، استنادا إلى زوال أثر القاعدة التي تمنع الجمع.

ثانيا: قاعدة عدم جواز الجمع تلزم المدعى عليه

ينصرف حظر القاعدة إلى المدعى عليه، وهو الحظر الذي تقضي به المادة 530 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها: "لا يجوز للمدعى عليه في دعوى الحيازة أن يطالب بالملكية إلا بعد الفصل نهائيا في دعوى الحيازة. وإذا خسرها فلا يجوز له أن يطالب بالملكية إلا بعد أن يكون قد استكمل تنفيذ الأحكام الصادرة ضده".

وتبعا لذلك، فإن حظر القاعدة يظهر في الصورتين التاليتين:

الصورة الأولى: عدم جواز التمسك بالدفوع المستمدة من أصل الحق

يمنع على المدعى عليه في دعوى الحيازة أن يتمسك بالدفوع المستمدة من أصل الحق[1]، كأن يتمسك بأنه هو صاحب الحق أو أنه هو المالك للعقار المتنازع عليه. و بصرف النظر عن السند الذي يستند إليه.

لا يجوز للمدعي عليه في دعوى الحيازة –سواء كانت دعوى استرداد الحيازة أو منع التعرض في الحيازة أو دعوى وقف الأعمال الجديدة في الحيازة- أن يتمسك بسبب من أسباب كسب ملكية العقار كأن يتمسك بالملكية استنادا إلى الحيازة التي دامت مدة 15 سنة وهو دفع يتعلق بأصل الحق أو كان يتمسك بأن العقار المتنازع عليه يملكه عن طريق الميراث كل هذه الصور التي يتمسك بها المدعى عليه يترتب عليها التصريح بعدم قبولها.

وعلى المدعى عليه في دعوى الحيازة أن يركز دفاعه على تخلف أحد أركان الحيازة أو تخلف أحد شروطها بأنها كانت معيبة بأحد عيوبها كأنها مشوبة بإكراه أو غير ظاهرة أو غير مستمرة لان دعوى الحيازة تهدف إلى حماية الوضع المادي ولا شان لها بأصل الحق ومن هنا جاء الحظر على المدعى عليه من عدم جواز التمسك في دفاعه بالدفوع المستمدة من أصل الحق.

1 - محمد المليجي، المرجع السابق، ص 107.

الصورة الثانية: عدم جواز رفع دعوى الملكية قبل الفصل في دعوى الحيازة و تنفيذ الحكم

فإذا بادر المدعي إلى رفع دعوى الحيازة على المدعى عليه فإن هذا الأخير يمنع عليه أن يرفع دعوى الملكية على المدعي في دعوى الحيازة بل يجب عليه انتظار صدور الحكم في دعوى الحيازة وتنفيذه[1].

فإذا سلب المدعى عليه الحيازة فيجب عليه أن يرد الحيازة إلى المدعي وإذا تعرض لحيازة المدعي فيجب عليه أن يزيل أعمال التعرض وإذا شرع في الأعمال الجديدة فيجب عليه أن يتوقف عنها.

وتبعا لذلك لا يجوز للمدعى عليه أن يرفع دعوى الملكية على المدعي الذي رفع عليه دعوى الحيازة إلا إذا أعاد الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعدي وكل ذلك تحقيقا لفكرة حماية الحيازة لذاتها دون ربطها بالملكية.

لكنه فما هو الحل إذا ما بادر المدعي إلى رفع دعوى الملكية على المدعى عليه ؟ فهل يحق لهذا الأخير أن يرفع دعوى الحيازة على المدعي في دعوى الملكية ؟

إن الإجابة على هذا السؤال تكون بالضرورة بالإيجاب ذلك أن رفع دعوى الملكية على المدعى عليه هو قرار المدعي بحيازة المدعى عليه وبالتالي يستطيع المدعى عليه في دعوى الملكية أن يرفع دعوى الحيازة سواء كان سبب دعوى الحيازة سابقا أو لاحقا على رفع دعوى الملكية.

وهذا على خلاف الحال بالنسبة للمدعى في دعوى الملكية فلا يستطيع أن يرفع دعوى الحيازة لأنه قد تنازل عنها.

ويحق للمدعي عليه في دعوى الحيازة أن يرفع دعوى الملكية وذلك بعد الفصل في دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الصادر فيها.

1 - محمد المليجي، المرجع السابق، ص 110.

إن قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية تلزم كلا من المدعي والمدعى عليه وتلزم أيضا القاضي من جهة أخرى ولذلك يثور التساؤل فيما يتمثل هذا الخطر بالنسبة للقاضي وهي المسألة التي أتناولها فيما يلي:

ثالثا: قاعدة عدم جواز الجمع تلزم القاضي

ينصرف أيضا حظر القاعدة إلى القاضي وهو الحظر الذي تقضي به المادة 527 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ نصت على ما يلي: " لا يجوز للمحكمة المطروح عليها دعوى الحيازة أن تفصل في الملكية "

ويستخلص من هذا النص أن قاضي الحيازة لا يجوز له أن يتطرق إلى أصل الحق ذلك أن دعوى الحيازة تختلف عن دعوى الملكية من حيث السبب و الموضوع ذلك أن دعوى الحيازة تهدف إلى حماية الحيازة في ذاتها مجردة عن الحق لأن الأصل في الحائز يفترض أنه هو المالك والقانون يفصل بين حماية الحيازة وحماية الملكية فلا يجب الخلط بينهما.

وتبعا لذلك لا يجوز للقاضي أن يبني حكمه في الحيازة على أسباب مستمدة من الحق على أساس ثبوت هذا الأخير من عدمه وبهذا الصدد قد أكدت المحكمة العليا في قرار لها على هذا المبدأ[1].

بل يجب أن يبني حكمه على أسباب مستمدة من أسباب الحيازة نفسها بأن يبين مدى توافر أركان الحيازة وشروطها فإذا ثبت له ذلك منح له الحماية القضائية اللازمة[2].

---

1 - القرار الصادر بتاريخ 1998/03/04 رقم 161076 عن المحكمة العليا الغرفة المدنية القسم الأول غير منشور إذ جاء فيه ما يلي: =

= " حيث أنه ثابت من وقائع القضية أن الطاعن قد التجأ إلى قضاة الموضوع بالمطالبة بعدم التعرض له من قبل المطعون عليهم في استعمال العين التي توجد تحت سيطرته المادية وبالتالي فهو يستند إلى دعوى منع التعرض وليس إلى دعوى الحق ومن ثمة كان يجب على قضاة الموضوع أن يتطرقوا إلى مدى توافر شروط هذه الدعوى فإذا وجدوا أن الطاعن يحوز المسكن المتنازع عليه وكان وقت القيام بغلق عليه الباب تتوافر لديه السيطرة المادية، فيجب عليهم أن يمنعوا المطعون عليها من التعرض له في حيازته دون أن يتطرقوا إلى بحث مسألة ما إذا كان صاحب حق أم لا.

وحيث أن الطاعن عندما استند إلى دعوى منع التعرض في حين أن قضاة الموضوع قد تطرقوا إلى مناقشة أصل الحق قد جمعوا بين دعوى الحيازة و الملكية...."

2 - السنهوري، المرجع السابق، الوسيط، ج 9، ص 963.

أما إذا وجد أنها غير صحيحة كأن كانت حيازة عرضية أو معيبة بأحد عيوب الحيازة صرح برفضها.

غير أن قاضي الحيازة لا يمنع عليه أن يفحص مستندات الملكية على سبيل الاستئناس من أجل الوصول إلى إثبات أركان وشروط الحيازة على غرار ما يقوم به قاضي الأمور المستعجلة فهو يقوم بفحص المستندات على سبيل الاستئناس من أجل الوصول إلى تقرير مدى توافر عناصر الاستعجال.

وتبعا لذلك لا يجوز لقاضي الحيازة أن يمس بأصل الحق في منطوق الحكم الصادر في دعوى الحيازة كأن يجعل الحيازة متوقفة على ثبوت الملكية[1].

والحكم الصادر في دعوى الحيازة ليس له حجية على دعوى الملكية[2].

وبعد أن انتهينا من دراسة دعاوى الحيازة أنتقل إلى دراسة الدعاوى الوقتية وذلك على الوجه التالي:

---

1 - محمد المليجي ، المرجع السابق ، ص 111.

2 - تختلف دعوى الحيازة عن دعوى الملكية من حيث السبب فسبب دعوى الحيازة هو الإعتداء الواقع على العقار محل الحيازة في حين أن سبب دعوى الملكية قد يكون تعرفا قانونيا كالعقد أو واقعة مادية كالميراث أو الحيازة ولذلك تختلف دعوى الحيازة عن دعوى الملكية من حيث السبب ولكي تقوم الحجية يجب أن تتحد عناصر الطلب القضائي الأصلي مع عناصر الطلب القضائي الجديد من حيث الأشخاص والمحل والسبب فإذا اختلف عنصر واحد انتفت الحجية، وهذا ما يتحقق بين دعوى الملكية ودعوى الحيازة، وتختلف أحداها عن الأخرى من حيث السبب.

المبحث الثالث
تقسيم الدعاوى إلى دعاوى موضوعية ودعاوى وقتية

تمهيد وتقسيم:

تقسم الدعاوى إلى دعاوى موضوعية ، ودعاوى وقتية فتهدف الأولى إلى الحصول على القضاء الموضوعي – أي الذي يفصل في أساس النزاع – في حين الدعاوى الوقتية[1] تهدف إلى الحصول على القضاء الوقتي ، وهو يأخذ صورة تدبير مؤقت.

ويتطلب القضاء الموضوعي لأجل القيام به ، أن تعطي للقاضي وقتا كافيا ليقوم بتفحص ادعاءات الخصوم ، كي يستطيع أن يتمعن فيما يعرض عليه ، كما يجب إعطاء للخصوم وقتا كافيا لتحضير دفاعهم.

وتحديد الزمن المناسب لكل من القاضي والخصم ، لأجل الفصل في النزاع ، هو من المسائل التي أصبحت الاجراءات تعتني به ، لأنه وكما قيل أن القضاء البطيء وهو نوع من الظلم.

وتبعا لذلك أصبحت الإجراءات تلعب دورا إيجابيا في مجال حماية الحقوق والمراكز القانونية.

وإذا كانت الإجراءات قد وصلت إلى تلك الأهمية ، فإنه لا ينبغي أن تؤدي إلى التضحية بالحقوق والمراكز القانونية وذلك بمنعها من أن تتحول إلى طقوس جامدة ، تهدف إلى إطالة أمد التقاضي.

---

1 - انظر في التفرقة بين القضاء الوقتي والقضاء المستعجل: محمود السيد عمر التحيوى ، نظام الأوامر على العرائض والقضاء الوقتي ، دار الجامعية الجديدة للنشر ط 1999 ، ص 2. غير أن هذه التفرقة محل نظر ، فلا يوجد فرق بين القضاء المستعجل والقضاء الوقتي.

ولأجل ذلك صيغت مجموعة من الأدوات الفنية ، تهدف إلى إيجاد التوازن بين القواعد الموضوعية والقواعد الشكلية ، ومن هذه الأدوات نظرية البطلان الإجرائي فهي تختلف عن نظرية البطلان الموضوعي.

وإلى جانب ذلك ، صيغت نظرية عامة للقضاء المستعجل ، غايته التوفيق بين القضاء الموضوعي الذي يتطلب التأني في منح الحماية القضائية. والقضاء المستعجل الذي يقوم على السرعة المطلوبة في منح الحماية القضائية الوقتية ، وهو يقوم بمهمة الحيلولة دون وقوع الضرر وحفظ الحقوق ، إلى غاية الفصل في أصل الحق المتنازع عليه.

ومن ثمة أصبحت تمنح الحماية القضائية في صورتين ، الصورة الأولى تعرف بالحماية القضائية الموضوعية أو القضاء الموضوعي - وهي الصورة التي سبقت دراستها - التي تقوم بوظيفة حسم النزاع حول الحق أو المركز القانوني وتعرف الصورة الثانية بالحماية القضائية الوقتية أو القضاء المستعجل الذي يقوم بوظيفة حماية الحقوق والمراكز القانونية وحفظهما مؤقتا ، لحين الفصل في موضوع النزاع.

وترتيبا على ذلك ، سأتطرق إلى الصورة الثانية من الحماية القضائية التي تتناول القضاء المستعجل ، وتبعا لذلك سأقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: القضاء المستعجل

المطلب الثاني: إشكالات التنفيذ الوقتية.

و إلى تفصيل هذه المسائل على الوجه التالي :

المطلب الأول
القضاء المستعجل

يعد القضاء المستعجل أحدى صور الحماية القضائية، وهو يكمل الحماية الموضوعية، إذ تصبح هذه الأخيرة بغير مصلحة، إذا لم يؤازها القضاء المستعجل. حيث يقوم هذا الأخير بحماية الحق أو المركز القانوني من الضياع والتلف، فيحفظهما إلى حين الفصل في أساس النزاع، فيجد الخصم ما ينفذ عليه عندما تمنح له الحماية الموضوعية، وبحسب كل ذلك أصبح القضاء المستعجل يكتسي أهمية خاصة في التشريعات الحديثة ومنها التشريع الجزائري.

ويخضع القضاء المستعجل إلى ضوابط، إذا توافرت استحق صاحب المصلحة هذه الحماية.

وتبعا لذلك سأقسم هذا المطلب إلى الفروع التالية:

الفرع الأول
الركن الأول : الاستعجال أو الخطر

1 - التعريف بركن الاستعجال

لقد نص المشرع الجزائري –في المادة 299 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية – على جواز الإلتجاء إلى القضاء المستعجل، لكنه لم يحاول تعريف ركن الإستعجال، فقد أشارت هذه المادة بقولها: في جميع أحوال الإستعجال.

وقد شبه البعض من الفقه الإستعجال بالسرعة[1] إلا أن مفهوم السرعة يختلف عن حالة الإستعجال ، ذلك أن ما يشير إليه المشرع في بعض الحالات من ضرورة البت في بعض المنازعات على وجه السرعة ، ولا يعني قيام حالة الإستعجال ، فينص مثلا أن يتم الفصل في منازعات العمل على وجه السرعة ، ومن ثم يوجد فرق بين حالة الإستعجال ، و الأحوال التي يطلب فيها القانون أن يتم الفصل في الدعوى على وجه السرعة.

كما أن حالة الإستعجال توجد على درجات ، هناك حالة الإستعجال العادية وهي الحالة التي يصبح فيه الخطر قريب الوقوع ، وحالة الإستعجال القصوى والتي يصبح فيها الخطر وشيك الوقوع مثل السفينة التي تتأهب إلى مغادرة الميناء فإذا لم تتخذ الإجراءات لإيقافها في الحال ستغادر الميناء وهي الحالة المنصوص عليها بالمادة 2/301 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فقد جرى الفقه والقضاء على تعريف الإستعجال بأنه: " هو الخطر المحدق بالحق المراد المحافظة عليه ، والذي يلزم درءه بالسرعة اللازمة ، وهذا لا يكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيده[2]"

وتبعا لذلك يتحقق ركن الإستعجال كلما توافر أمر يتضمن خطرا داهما [3] وضررا لا يمكن تلافيه بالإلتجاء إلى الإجراءات العادية التي لا تستطيع الحيلولة دون وقوع هذا الضرر و تتحقق حالة الخطر كلما وجدت ظروف تنبئ عن وجود ضرر وشيك الوقوع[4].

ويجب اتخاذ الإجراء المستعجل كلما وجد الخطر محدق بالحق ، ويبقى القضاء المستعجل مختصا في اتخاذ الإجراء المستعجل ، طالما أن تلك الوقائع التي تهدد الحق أو المركز القانوني بالخطر مازال قائمة.

إذن الإستعجال هو ظرف يهدد الحق أو المركز القانوني بالخطر الذي لا يمكن تلافيه بالإلتجاء إلى الإجراءات العادية.

---

1 - يوسف جبران ، الإنسان والحق والحرية ، منشورات عويدان ، بيروت سنة 1977 ، ص20.

2 - محمد علي راتب وآخرون ، المرجع السابق ، ص20.

3 - نفس المرجع ، ص 51.

4 - أبو الوفا ، المرافعات ، المرجع السابق ، ص 314.

ومع ذلك يبقى السؤال مطروحا حول متى نكون أمام حالة الإستعجال التي تجيز الإلتجاء إلى القضاء المستعجل ؟ وما هو المعيار الذي يمكن الإعتماد عليه ، لأجل تقرير وجود حالة الإستعجال ؟[1].

إن الإجابة عن هذا التساؤل ، تقودنا إلى القول ، أنه يوجد الإستعجال (URGENCE) كلما كان ينجم عن التأخير في البت ضرر محقق ، لا تستطيع الإجراءات العادية تلافيه ، أمكن القول بوجود ركن الإستعجال ، ليبرر تدخل القضاء المستعجل للحيلولة دون وقوع ذلك.

ومعيار تقرير وجود الخطر الداهم هو معيار شخصي[2]، يستخلص عنصر الخطر الداهم من مجموع الوقائع المعروضة على القاضي ، وما إذا كانت تلك الوقائع تنم عن الخطر الداهم الذي يهدد الحق أو المركز القانوني بالتلف والضياع.

ومن ثمة فإن مدى توافر حالة الاستعجال ، هي من المسائل التي تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الأمور المستعجلة ويعتمد على القول بوجود حالة الاستعجال ، على وجود وقائع يستخلص منها وجود خطر داهم يهدد الحق أو المركز القانوني بالضرر الوشيك الوقوع يمكن تلاقيه عن طريق الإجراءات المستعجلة[3].

1- انظر قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، القسم الأول رقم 167476 المؤرخ في 1997/04/09 غير منشور حيث جاء فيه مايلي:

" حيث ينعى الطاعن على القرار المطعون فيه ، بدعوى أنه تمسك أمام قضاة الاستعجال بعدم الاختصاص لتخلف عنصر الاستعجال في الدعوى ، والمأخوذ من الانتهاء من الأشغال ، وبالرغم من ذلك قد أعلنوا عن اختصاصهم وأمروا بوقف الأشغال دون أن يردوا على هذا الوجه بأسباب كافية ، مما يعد ذلك قصور في الأسباب.

وحيث أن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في محله ، ذلك أنه سبق له أن تمسك بتخلف عنصر الاستعجال في الدعوى ، المأخوذ ذلك من الانتهاء من الأشغال التي شرع فيها. ولم يتم الرد على هذا الوجه بأسباب كافية لتبرير اختصاصهم ، مما يعد ذلك قصورا في الأسباب يعرض قضاءهم للنقض".

2- أبو الوفا ، التعليق على نصوص المرافعات ، منشأة المعارف الإسكندرية ، ط 1 ، ص 314.

3- انظر قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، القسم الأول الصادر بتاريخ 2003/12/24 رقم 318394 ،غير منشور ، وجاء فيه مايلي:

"حيث أن قضاة الأمور المستعجلة قد وجدوا عنصر الإستعجال في القضية ، وذلك عندما أمروا بإعادة التيار الكهربائي الذي قطعته الطاعنة على المطعون عليها ...... وهذا ما يتطابق مع أحكام المادة 183 من قانون الإجراءات المدنية ، وليس فيه أي خرق لقواعد الإختصاص"

ويجب أن تستنبط حالة الاستعجال من وقائع ثابتة يستدل بها على وجود حالة الخطر الداهم ، كأمر بسماع شاهد على وشك الموت أو السفر.

ويمكن صياغة السؤال التالي ، والجواب عليه هو الذي يحدد ما إذا كانت تتوافر حالة الاستعجال في القضية من عدمه؟ والسؤال يقول هل تستطيع الإجراءات العادية أن تمنع وقوع الضرر من عدمه؟

ويبقى السؤال مطروحا حول الجهة القضائية التي تختص بالقضاء المستعجل ، وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

2 - الجهة القضائية المختصة بالفصل في الدعوى المستعجلة

تختص المحكمة التي ترفع أمامها الدعوى الموضوعية بالدعوى المستعجلة وهذا ما تقضي به المادة 299 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، على أن يتم عرض القضية بعريضة افتتاحية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها الإشكال أو التدبير المطلوب على أساس أن الإشكال أو التدبير المطلوب اتخاده يتبع الدعوى الموضوعية.

وتبعا لذلك يتحدد اختصاص المحكمة التي تنظر الدعوى المستعجلة باختصاص المحكمة التي تنظر الدعوى الموضوعة وهذا لا يخرج عن القاعدة العامة التي تنص على أن تخص المحاكم بالفصل في جميع المنازعات المدنية والتجارية والإجتماعية وغيرها.

أن تعدد المنازعات التي تفصل فيها المحاكم لا يثير مسألة الإختصاص النوعي فيما بينها ، فتقسيم المحكمة إلى أقسام وفروع ، لا يعد تقسيما للإختصاص النوعي أو الوظيفي بل هو تقسيم تنظيمي فمخافته لا يترتب عليه أي بطلان.

في حين أنه يرد استثناء على هذه القاعدة الذي يقضي بتقسيم المحكمة إلى قسم عادي وقسم استعجالي هو تقسيم الإختصاص الوظيفي ، فيختص قاضي الأمور المستعجلة وظيفيا دون سواه بالفصل في الدعوى المستعجلة.

وتبعا لذلك ، تكون مسألة توافر ركن الإستعجال مسألة تتعلق بالنظام العام ، للمحكمة أن تثير ذلك تلقائيا وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا ، مادام الأساس الواقعي كان مطروحا من قبل على قضاة الموضوع.

ويختص أيضا قاضي الأمور المستعجلة بإصدار أحكام تمهيدية أو تحضيرية يكون الغرض منها تحقق من مدى توافر أحد أركان الإستعجال، وذلك بإحالة الدعوى إلى التحقيق أو إلى خبير أو الإنتقال إلى المعاينة[1].

ولا ينتفي اختصاص قاضي الأمور المستعجلة، أن يتم رفع الدعوى في الموضوع قبل رفع الدعوى

المستعجلة، فيبقى قاضي الأمور المستعجلة مختصا مادامت تتوافر في القضية أركان الإستعجال سواء رفعت الدعوى في الموضوع أو لم ترفع بعد، وسواء صدر الحكم في الموضوع أو لم يصدر بعد[2]، غير أن قاضي الأمور المستعجلة يصبح غير مختص في حالة صدور حكم حائز على قوة الأمر المقضي به.

لكن السؤال الذي يبقى مطروحا حول ما إذا انتفت حالة الإستعجال أثناء نظر الدعوى المستعجلة أو أثناء نظر الطعن في الأمر الصادر في الدعوى المستعجلة، فهل يبقى قاضي الأمور المستعجلة صالحا للفصل في الدعوى، وإذا أصبح غير صالح للفصل فيها، فهل يقضي فيها بعدم الاختصاص أم بعدم القبول، وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

3- عنصر الاستعجال شرط لقبول الدعوى

يجب التفرقة بين عنصر العجلة أو الاستعجال، فهل هو.: شرط للاختصاص أم شرط لقبول الدعوى ؟

مجمل الفقه يرى أن شرط العجلة أو الاستعجال، هو شرط للاختصاص غير انني — وفي تقديري — أرى أن مدى توافر عنصر العجلة هو شرط لقبول الدعوى المستعجلة، على تقدير أن كل إجراء أو تدبير يجب أن يتوافر فيه شرط المصلحة، وتخلفها يترتب عليه التصريح بعدم القبول.

---

1 - محمد علي راتب وآخرون، المرجع السابق، ص 16.
2 - محمد علي راتب وآخرون، المرجع السابق، ص 26.

فإذا رفعت الدعوى المستعجلة دون أن تستند إلى وجود عنصر الخطر العاجل الوشيك الوقوع يهدد الحق أو المركز القانوني ، ففي هذه الحالة لا توجد اية حاجة إلى الحماية القضائية الوقتية.

وإذا كانت المصلحة في الدعوى الموضوعية ، تقوم على فكرة وقوع الإعتداء ، فتهدف هذه الدعوى إلى إزالة هذا الاعتداء ، فإذا انتفى انتفت المصلحة.

كذلك إذا تبين من وقائع القضاية ، انتفاء عنصر الخطر العاجل ولا يوجد أي خطر محتمل يهدد الحق أو المركز القانوني ، انتفت المصلحة ، لأن الدعوى المستعجلة تهدف إلى درء الخطر المستعجل ، فيترتب على تخلفه انتفاء المصلحة في الدعوى المستعجلة.

وكذلك إذا رفعت الدعوى المستعجلة ، لكن أثناء الفصل في الدعوى يكون الخطر قد وقع ، ومن ثمة يصبح التدبير المطلوب اتخاذه لايجدي نفعا مادام الخطر قد وقع مما يؤدي إلى انتفاء المصلحة من هذا التدبير.

وتبعا لذلك ، يعد عنصرا لعجلة ، هو شرط لقبول الدعوى المستعجلة ، وليس شرطا للاختصاص.

في حين عنصر عدم المساس بأصل الحق ، هو شرط للاختصاص لأن المنازعات التي تطرح على المحكمة ، تقسم إلى منازعات موضوعية ، يختص بها وظيفيا قاضي الموضوع ، ومنازعات مستعجلة ، يختص بها وظيفيا قاضي الأمور المستعجلة.

ويتحدد نطاق اختصاص قاضي الأمور المستعجلة ، ليس بمدى اقترابه من الموضوع ، بل يجب ألا يمس به ، فإذا كان القرار الذي سيصدر يمس بأصل الحق ، وجب القضاء بعدم الاختصاص.

وتبعا لذلك ، كلما تخلف عنصر العجلة ، وجب القضاء بعدم القبول لانتفاء المصلحة ، وكلما أصبح القرار الذي سيتخذ سيمس بأصل الحق ، وجب القضاء بعدم الاختصاص.

وتبعا لذلك ، يبقى السؤال مطروحا حول: متى يجب توافر عنصر العجلة أو الاستعجال ، فهل يجب أن يكون متوافرا وقت رفع الدعوى أو وقت الحكم في الدعوى المستعجلة ؟

وماهو الحل إذا كان متوافرا وقت رفع الدعوى ، وأصبح منتفيا وقت اصدار الأمر ، أو كان غير متوافر وقت رفع الدعوى وأصبح متوافرا وقت اصدار الأمر ؟

نزولا عند القاعدة العامة المقررة في أصول الإجراءات التي تقضي بأن مناط تحديد شروط قبول الدعوى بوقت رفعها و لا يكفي تحقق هذا الشرط بعد رفعها ، فيقضي بعدم قبولها استنادا إلى القاعدة العامة ، وهذا هو الرأي الذي ننحاز إليه لأنه لا يمكن الخروج على القاعدة العامة إلا بوجود نص خاص في القانون.

ومع ذلك يذهب رأي في الفقه بجواز قبول الدعوى إذا طرأ شرط الإستعجال بعد رفع الدعوى تحقيقا لمبدأ الإقتصاد في الإجراءات والوقت والجهد على اعتبار أنه لا يمكن الحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء عنصر الاستعجال في الوقت الذي أصبحت فيه الدعوى مقبولة[1].

أما إذا زال شرط الإستعجال ، أثناء نظر الدعوى أمام المحكمة أو أمام جهة الإستئناف ، فيجب أن يقضي بعدم قبولها أو بعدم قبول الطعن ، ذلك أن شرط قبول الدعوى يجب أن يكون متوافرا وقت رفع الدعوى ووقت الحكم فيها[2].

وبعد أن تطرقت إلى تلك المسائل فإنه يتحتم علي أن اتطرق إلى كيفية تقرير عنصر الإستعجال ، وهو ما نراه فيما يلي:

4 – كيفية تقرير عنصر الإستعجال

يجب على قاضي الأمور المستعجلة أن يقوم باستخلاص ركن الإستعجال من أسباب مأخوذة من وقائع ثابتة من المستندات أو تلك التي تم الإعتراف بها من قبل الخصوم ويقوم القاضي باستخلاص من مجمل تلك الوقائع عنصر الإستعجال ، وأن تقدير مدى توافر عنصر الإستعجال في القضية هو من المسائل التي يستقل بها قاضي الأمور المستعجلة ، فلا رقابة عليه من قبل المحكمة العليا.

---

1 - أبو الوفا ، المرافعات ، ص 118.

2 - أبو الوفا ، التعليق ، المرجع السابق ، ص 168.

غير أن المحكمة العليا تمارس رقابتها ليس على تقدير مدى توافر عنصر الإستعجال ، وانما تمارس رقابتها على الوصف الذي يضيفه القاضي على هذه الوقائع بأن يصف المصدر الذي استخلص منه عنصر الإستعجال [1] و ينتهي إلى القول ما إذا كان يتوافر عنصر العجلة من عدمه ، وعلى الجهة القضائية التي تبت في الدعوى المستعجلة و أن تثبت في حكمها الوقائع التي إستخلصت منها عنصر الإستعجال وأن تبيين العلاقة القائمة بين تلك الوقائع و بين ركن الإستعجال.

وتبعا لذلك ، إذا أرادت الجهة القضائية ، أن يصبح حكمها محصنا من رقابة المحكمة العليا أن تقوم بعرض وقائع الدعوى عرضا منطقيا وتبين مصدر تلك الوقائع ، وفي النهاية تستخلص منها مدى توافر ركن الإستعمال من عدمه [2].

إن عدم تبيان تلك الوقائع بدرجة كافية ، أو عدم إثبات مدى توافر عنصر الإستعجال من عدمه ، فإن هذا الحكم أو القرار يكون عرضة للنقص استنادا إلى قصور الأسباب [3]

ولعله من المفيد أن أشير إلى أن ركن الإستعجال هو أمر يختلف تقديره وهو أمر نسبيي [4] ، لكن المعول عليه في هذه المسألة ، هو أن يقوم القاضي باستخلاص الوقائع استخلاصا منطقيا ، حيث يجب عليه أن يبين في حكمة موضوع الإجراء المطلوب اتخاذه ، وسبب الطلب القضائي المتمثل في مجموع الوقائع التي يستند إليها الخصم ، وأن يبين دليل اثبات تلك الوقائع ، ثم يصل في النهاية إلى تبيان مدى توافر ركن الإستعجال في القضية من عدمه ، وتلك هي الشروط التي يجب على قاضي الأمور المستعجلة أن يتقيد بها.

أن ركن الاستعجال قد يستخلص من مجموع الوقائع المعروضة على المحكمة ، وقد يفترض بنص خاص في القانون ، والسؤال الطروح: متى يكون ركن الاستعجال مفترضا بنص خاص في القانون ، وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

---

1 - أبو الوفا ، التعليق ، المرجع السابق ، ص 166.

2 - جبران يوسف ، المرجع السابق ، ص 4.

3 - انظر قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، القسم الأول الصادر بتاريخ 1997/04/09 رقم 167476 غير منشور.

4 - محمد علي راتب وآخرون ، المرجع السابق ، ص 475.

5- حالات الاستعجال بنص في القانون

يختلف اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بنص في القانون، عن اختصاصه العام، فلا يشترط إثبات ركن الاستعجال، إذا كان مفترضا بنص في القانون، فيفترض المشرع توافر ركن الاستعجال كلما تحققت وقائع معينة، افترض معها قيام ركن الاستعجال[1].

في حين اختلف الرأي حول ركن عدم المساس بأصل الحق، فقد ذهب البعض إلى القول: أنه لا ضرورة لتوافره والبحث عن إثباته في المسائل التي يختص بها قاضي الأمور المستعجلة بنص في القانون.

بينما ذهب البعض الآخر إلى القول، بضرورة توافره[2] ولكن الرأي الغالب في الفقه، يذهب إلى القول بضرورة توافر ركن عدم المساس بأصل الحق، وذلك أنه إذا كان القانون لا يطلب من القاضي إثبات ركن الاستعجال إذا كان مفترضا بقوة القانون، فإنه لا يوجد نص يعفي القاضي من إثبات ركن عدم المساس بأصل الحق، فهو ركن لابد من إثباته في الأمر، وهو الرأي الذي نرجحه وسنوضح ذلك من خلال الأمثلة التالية التي يختص بها قاضي الأمور المستعجلة بنص خاص في القانون ومنها:

أولا: حيث تنص المادة 11من المرسوم رقم 63-65 [3] على أنه في حالة عدم دفع الأجرة، فيجوز للمؤجر أن يبلغ تنبيها بالدفع إلى المستأجر وأن يتضمن التنبيه مضمون هذه المادة.

وفي حالة بقاء هذا التنبيه بدون جدوى و انقضاء شهر عليه، حينئذ يجوز للمؤجر أن يرفع دعوى استعجالية للمطالبة بطرد المستأجر.

ففي هذه الحالة، فإن ركن الاستعجال، يتحقق بمجرد تبليغ التنبيه بالإخلاء، وانقضاء عليه شهر كامل بدون أثر، فيجب على قاضي الأمور المستعجلة أن يبين هذه الوقائع التي تتمثل في وجود عقد الإيجار وامتناع المستأجر عن دفع الأجرة رغم التوجيه إليه التنبيه

1- محمد علي راتب وآخرون، المرجع السابق، ص475.

2- نفس المرجع المذكور أعلاه.

3- انظر المرسوم رقم 63-65 المؤرخ في 18-02-1963، فإنه لا يمكن تطبيق هذا المرسوم بعد صدور القانون المدني لأنه أصبح يتناقض مع أحكامه.

بالدفع ، وانقضاء عليه مدة شهر وبقي بدون جدوى ، ولا يحتاج إلى إثبات ركن الاستعجال ، لأنه مفترض بقوة القانون.

أما ركن عدم المساس بأصل الحق ، فيجب إثباته ، لأنه يستلزم أن يكون التنبيه بالإخلاء صحيحا ، كأن يتمسك بعدم احترامه مقتضيات المادة 11 من المرسوم المشار إليه.

فإذا تمسك المستأجر بدفوع تثير منازعة جدية ، كأن يتمسك بالمقاصة القضائية ، على أساس أنه حبس الأجرة لاستيفائه ما تكبده من المصاريف على العين المؤجرة التي يلتزم بها المؤجر.

فإذا اثيرت تلك الدفوع من قبل المستأجر ، فتنشأ عنها منازعة جدية تمس بأصل الحق ، وبالتالي يستلزم الأمر على قاضي الأمور المستعجلة ، أن يثبت في أمره وجود أو عدم وجود منازعات جدية.

ومن هنا يتضح أن ركن عدم المساس بأصل الحق يتعين إثباته ، وليس صحيحا ما ذهب إليه البعض بأنه يثبت بدوره بقوة القانون ، في المسائل التي يختص بها قاضي الأمور المستعجلة بنص خاص في القانون.

ثانيا: تنص المادة 2/194 من القانون التجاري على مايلي: " غير أنه إذا طالب المستأجر بتعويض الإخلاء ، جاز للطرف الذي يهمه التعجيل أن يتم دعواه ، أمام رئيس المحكمة الناظرة في القضايا المستعجلة ، ليأمر بإجراءات الخبرة اللازمة ، وذلك قبل انتهاء الأجل المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة"

واستنادا إلى هذا النص ، فإننا نواجه أحد الاحتمالين:

الأول: أن يرفض المؤجر تجديد عقد الإيجار و يقبل المستأجر انهاء العقد ولذلك يستطيع كل واحد من الطرفين الذي يهمه التعجيل أن يرفع دعواه إلى قاضي الأمور المستعجلة للمطالبة بتعيين خبير لأجل القيام بتقدير قيمة التعويض الاستحقاقي الذي يوجب للمستأجر عن عدم تجديد العقد وهنا يختص قاضي الأمور المستعجلة بنص خاص في القانون فلا يلزم أن يقوم بإثبات ركن الاستعجال لأن هذا الأخير وفي هذه الحالة مفترض بقوة القانون.

أما ركن عدم المساس بأصل الحق فيجب اثباته وفي هذه الدعوى لا توجد منازعة جدية استنادا إلى موافقة المستأجر عن انهاء عقد الإيجار وبقي اختلافهم حول قيمة التعويض ومن ثم يصبح إجراء تعيين خبير بعد موافقة المستأجر على انهاء عقد الإيجار بتقدير قيمة تعويض الاستحقاق لا ينطوي على أية منازعة جدية.

والثاني: أن يرفض المؤجر تجديد العقد تقابله عدم موافقة المستأجر على انهاء عقد الإيجار كأن يدفع بعدم صحة التنبيه بالإخلاء.

ولما أن ركن الاستعجال في هذه القضية مفترض بنص خاص في القانون فيعفى القاضي من اثباته.

في حين أن ركن عدم المساس يجب اثباته أمام تمسك المستأجر بعدم صحة التنبيه فإذا تبين للقاضي أن هذا الدفع له وجه من الجدية يقضي بعدم الإختصاص.

وقد يقع الخلط بين حالة الاستعجال بنص خاص في القانون وبين تطبيق الإجراءات المستعجلة على بعض المنازعات الموضوعية . أو أن يفصل القاضي الإستعجالي في بعض المنازعات الموضوعية ، وبعبارة أخرى هل يستطيع قاضي الأمور المستعجلة أن يتحول إلى قاضي الأموضوع ، وهذا ما سأتطرق إليه فيما يلي:

6- قاضي الموضوع أو قاضي الإستعجال يتحول أحدهما إلى الآخر

من المقرر قانونا ، أن قاضي الموضوع يختص بالفصل في المنازعات الموضوعية ، وقاضي الأمور المستعجلة يختص بالفصل في المنازعات المستعجلة ، ويختص كل واحد منهما اختصاصا وظيفيا.

غير أن المشرع قد يلجأ إلى استعارة نظام القضاء المستعجل ويطبقه على المنازعات الموضوعية ، وقد يخص قاضي الأمور المستعجلة بالفصل في بعض المنازعات الموضوعية فيخضع بعض المنازعات الموضوعية إلى ميكانيزمات القضاء المستعجل والعكس صحيح.

ولذلك سأتطرق إلى بعض المنازعات الموضوعية التي يخضعها المشرع إلى ميكانيزمات القضاء المستعجل ، وبعض المنازعات الموضوعية التي يختص قاضي الأمور المستعجلة الفصل فيها وذلك على الوجه التالي:

أ- تطبيق ميكانيزمات القضاء المستعجل على بعض المنازعات الموضوعية:

قد يخضع المشرع بعض المنازعات الموضوعية إلى ميكانيزمات القضاء المستعجل ، توخيا منه سرعة الفصل فيها واقتصادا في الإجراءات والوقت.

ومع ذلك تبقى الأحكام الصادرة في هذه المنازعات أحكاما موضوعية يختص بها قاضي الموضوع وليس قاضي الأمور المستعجلة.

ومن الأمثلة ذلك ما تقضي به المادة 183 من قانون الأسرة ، حيث جاء فيها ما يلي:

"يجب أن تتبع الإجراءات المستعجلة في قسمة التركات ، فيما يتعلق بالمواعيد وسرعة الفصل في موضوعها وطرق الطعن فيها"

إذا الأحكام الصادرة في قسمة التركات هي أحكام صادرة في الموضوع ، لكنها تخضع لأحكام القضاء المستعجل في المسائل التالية:

1- المواعيد

يقصد بمواعيد الإجراءات تلك المواعيد المنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية والادارية كالمواعيد التي تتعلق بالتكليف بالحضور أو مواعيد الطعن أو السقوط.

فتطبق مهل التكليف بالحضور المقررة في المواد المستعجلة على الدعاوى الموضوعية ، كقاعدة عامة ، غير أنه يجوز تخفيض أجال التكليف بالحضور إلى أربع وعشرين ساعة ، وذلك طبقا لما تنص عليه المادة 305 من نفس القانون ، مع أن مهلة التكليف بالحضور في الدعاوى الموضوعية لا تقل عن عشرين يوما

وتطبق المادة 3/304 من نفس القانون على ميعاد الإستئناف على الأحكام الصادرة في الدعاوى المتعلقة بقسمة التركات، فيكون ميعاد الطعن بالإستئناف فيها 15 يوما ابتداءا من تاريخ تبليغ الأمر وليس شهرا.

2- سرعة الفصل في الدعاوى المتعلقة بقسمة التركات

يراعى عند الفصل في دعاوى قسمة التركات، ما يراعى في الفصل في الدعاوى المستعجلة، وهو الأمر الذي تقصده المادة 183 من قانون الأسرة.

3- طرق الطعن في الأحكام الصادرة بقسمة التركات

تنص المادة 183 من قانون الأسرة، على أن تتبع الإجراءات المستعجلة في قسمة التركات، فيما يخص الطعن في الأحكام الصادرة بشأنها.

وتنص المادة 303 من قانون الإجراءات المدنية أن الأمر الإستعجالي معجل النفاذ بكفالة أو بدونها رغم كل طرق الطعن كما أنه غير قابل للمعارضة ولا للإعتراض على النفاذ المعجل.

وتبعا لذلك فإن الأحكام الصادرة بقسمة التركات تخضع لطرق الطعن التي تخضع لها الأوامر المستعجلة.

والأوامر المستعجلة الصادرة في أول درجة غير قابلة للمعارضة أما الأوامر الصادرة في آخر درجة فهي قابلة للطعن فيها بالمعارضة.

ولذلك يجب التمييز بين الأوامر الصادرة في أول درجة وتكون قابلة للطعن فيها بالاستئناف فهي غير قابلة للطعن فيها بالمعارضة وبين الأوامر الصادرة في آخر درجة فهي تقبل الطعن فيها بالمعارضة وهي أيضا غير قابلة للإعتراض على النفاذ المعجل أي أن الأوامر المستعجلة معجلة النفاذ بقوة القانون، ولا يمكن تعطيل القوة التنفيذية للأوامر المستعجلة عن طريق الاعتراض على النفاذ المعجل، لأن القوة التنفيذية هي قوام القضاء المستعجل ولا يمكن تصور قيام القضاء المستعجل، بغير النفاذ المعجل بحكم القانون.

وترتيبا على ذلك فإن الأوامر المستعجلة غير قابلة للطعن فيها بالمعارضة ولكنها تقبل الطعن فيها بالاستئناف والنقض وما ينطبق على الأوامر الصادرة في الدعاوى المستعجلة ، ينطبق على الأحكام الصادرة في الدعاوى المتعلقة بقسمة التركات فهي من جهتها غير قابلة للمعارضة وهي معجلة النفاذ بقوة القانون وغير قابلة للإعتراض على النفاذ المعجل.

إن المشرع – طبقا لأحكام المادة 183 أسرة - قد أحال فيما يخص طرق الطعن في الأحكام الصادرة في الدعاوى الخاصة بقسمة التركات على القواعد المتعلقة بطرق الطعن في الأوامر الصادرة في الدعاوى المستعجلة.

إن الأحكام الصادرة في الدعاوى المتعلقة بقسمة التركات هي أحكام صادرة في الموضوع غير أنها تخضع لنفس الأحكام التي تخضع لها الأوامر المستعجلة من حيث مواعيد الطعن و سرعة الفصل فيها و طرق الطعن و كذلك من حيث القوة التنفيذية فهي معجلة النفاذ بقوة القانون.

ب- قاضي الأمور المستعجلة يتحول إلى قاضي الموضوع:

إذا كان الأصل أن يتم تقسيم المنازعات التي تختص بها المحكمة بحسب درجة الخطورة التي تهدد الحق المراد حمايته إلى دعاوى موضوعية عادية ودعاوى مستعجلة و يختص بالفصل في الدعاوى الموضوعية قاضي الموضوع ويختص بالفصل في الدعاوى المستعجلة قاضي الأمور المستعجلة وتقسيم المنازعات إلى منازعات موضوعية ومنازعات مستعجلة هو تقسيم للإختصاص الوظيفي فقاضي الموضوع غير مختص بالفصل في الدعاوى المستعجلة وقاضي الأمور المستعجلة غير مختص بالفصل في المنازعات الموضوعية وتلك هي القاعدة العامة.

غير أن المشرع قد خرج عن القاعدة العامة في القانون الجديد وخول قاضي الأمور المستعجلة أن يفصل في بعض المنازعات الموضوعية وهذا ما تنص عليه المادة 300 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ جاء فيها ما يلي:

"يكون قاضي الاستعجال مختصا أيضا في المواد التي ينص القانون صراحة على أنها من إختصاصه وفي حالة الفصل في الموضوع يحوز الأمر الصادر فيه حجية الشيء المقضي فيه".

يشكل هذا النص استثناءا على القاعدة العامة التي تقضي بأن قاضي الامور المستعجلة غير مختص إلا في الدعاوى المستعجلة ومن ثم لا يختص بالفصل في الدعاوى الموضوعية إلا على سبيل الاستثناء وبالتالي يجب عليه في كل مرة يفصل في النزاع باعتباره قاضي الموضوع أن يستند إلى نص خاص.

ومن المنازعات الموضوعية التي يختص بها قاضي الأمور المستعجلة تلك المنازعات المنصوص عليها بالمواد 643، 717 و 772 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

حيث يفصل في هذه النزاعات من حيث الموضوع أي باعتباره قاضي الموضوع والأحكام الصادرة في هذه المنازعات أحكام موضوعية تحوز حجية الأمر المقضي به.

غير أن ما يميز الأحكام الموضوعية الصادرة عن قاضي الموضوع عن الأحكام الصادرة عن قاضي الأمور المستعجلة أن هذه الأخيرة معجلة النفاذ بقوة القانون وغير قابلة للمعارضة إذا صدرت ابتدائيا وتخضع لمواعيد الطعن المقررة للأوامر المستعجلة وكذلك لطرق الطعن وبعبارة أخرى تخضع لنظام الأوامر المستعجلة يسري عليها ما يسري على الأوامر المستعجلة.

ولذلك لا يوجد فرق بين الأحكام الصادرة عن قاضي الموضوع وتخضع للإجراءات المستعجلة المنصوص عليها بالمادة 183 من قانون الأسرة وبين أحكام الصادرة في الموضوع التي يختص بها قاضي الأمور المستعجلة، المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وبعد الانتهاء من الركن الأول في القضاء المستعجل انتقل إلى الركن الثاني منه على التفصيل التالي:

الفرع الثاني
الركن الثاني: عدم المساس بأصل الحق

تقديم:

إن دراسة هذا الركن من القضاء المستعجل، يتطلب تحديد المقصود بعدم المساس بأصل الحق، وأن توضيح ذلك، يتطلب التطرق إلى المسائل التي لا تعتبر مساسا بأصل الحق، وإلى تلك التي تعد مساسا به، ثم كيف يتم البحث عما إذا كانت هذه المنازعة، منازعة موضوعية أم لا؟

كما يتعين التطرق إلى بعض المسائل القانونية التي هي محل خلاف في الفقه والقضاء، وإلى القضايا التي تنطوي على المساس بأصل الحق، وهي القضايا التي أوحاول أن أتطرق إليها فيما يلي:

1- المقصود بعدم المساس بأصل الحق

يقصد بالحق الذي لا يجب على قاضي الأمور المستعجلة المساس به هو الحق التنازع عليه، والحق قد يكون حقا شخصيا أو حقا عينيا. والحق هو عبارة عن مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون، غير أن دور قاضي الأمور المستعجلة في الحماية للحقوق لا يتوقف عند الحقوق المالية، بل يمتد إلى جميع الحقوق الأخرى و المراكز القانونية، فهو يختص بحماية هذه الحقوق حماية مؤقتة دون المساس بها.

ويقصد بالحق هو الحق موضوع النزاع الذي من أجله ترفع الدعوى من أحد الخصوم أمام القضاء لأجل المطالبة بالحماية الموضوعية النهائية، وذلك برد الاعتداء الواقع على هذا الحق أو المركز القانوني.

لا يجوز لقاضي الأمور المستعجلة - عندما تعرض عليه دعوى طرد الشاغل للعقار - أن يتطرق إلى نفي أو تأكيد العلاقة الإيجارية إذا ما تمسك بها المدعى عليه، أن يفصل في هذه المنازعة بنفي أو تأكيد هذه العلاقة.

فيجب على قاضي الأمور المستعجلة أن يفصل في النزاع من ظاهر المستندات ، فإذا رفعت الدعوى على المدعى عليه الرامية إلى طرده من العقار الذي يشغله و قدم عقد إيجار و تمسك المدعي ببطلان هذا العقد ، فإن هذا الدفع يمس بأصل الحق لأن قاضي الأمور المستعجلة لا يستطيع أن يحكم ببطلان هذا العقد وهذا ما تنص عليه المادة 303 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية على أن الأوامر المستعجلة لا تمس أصل الحق.

وأصل الحق في هذه الصورة ينصب على عقد الإيجار الذي لا يجوز لقاضي الأمور المستعجلة أن يتطرق بالفصل في هذا العقد ما إذا كان عقدا صحيحا أو باطلا لأن ذلك يدخل في اختصاص قاضي الموضوع.

والقضاء الذي يفصل في الدعوى بالإستناد إلى ما يتبين له من كل هذه المستندات[1] لإعطاء الحماية القضائية المؤقتة ، دون أن يتطرق إلى حسم النزاع بصفة نهائية ، يطلق عليه القضاء المؤقت ، وتأقيته يعود أساسا ، إلى حماية الحق أو المركز القانوني مما يتهدده من خطر داهم بصفة مؤقتة إلى غاية الفصل بصفة نهائية من طرف قاضي الموضوع ، فإن القاضي في هذه الصورة يكون أمام مسألة البحث عن الركن الاول في القضاء المستعجل وهو ركن الاستعجال أما عندما ينظر إلى الحماية القضائية ما إذا كانت تهدف إلى حسم النزاع من عدمه فإن القاضي في هذه الحالة يكون أمام مسألة البحث عن الركن الثاني في القضاء المستعجل وهو ركن عدم المساس بأصل الحق[2].

وتبعا لذلك ، يصبح للقضاء المستعجل وجهان ، وجه مستعجل ووجه مؤقت[3] ، وهذا الأخير هو الذي يطلق عليه اصطلاح عدم المساس بأصل الحق ، وهو يعني أنه أصبح محظورا على قاضي الأمور المستعجلة أن يتطرق إلى حسم النزاع بصفة نهائية ، وإنما

---

1 - انظر محمد السيد عمر التحيوى ، المرجع السابق ، ص 126.

2 - انظر قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، القسم الأول ، رقم 309496 المؤرخ في 2003/10/22 إذا جاء فيه مايلي:
" حيث أن الطاعن ينعى على القرار المطعون فيه ، وذلك عندما قضى بإبطال محضر التنفيذ المؤرخ في 202/01/02 وأن إبطال العقود و المحررات يكون من اختصاص قاضي الموضوع ، وليس من اختصا قاضي الأمور المستعجلة ، وبذلك يكون قاضي الأمور المستعجلة قد خرق قواعد الاختصاص مما يعرض قضاءه إلى النقض.
وحيث أن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه ، في محله ، ذلك أن قاضي الأمور المستعجلة لا يجوز له أن يقضي بإبطال العقود والمحررات ، دون أن يمس بأصل الحق ، ولما قضى بذلك ، يكون قد خرق قواعد الاختصاص.

3 - فتحي والي ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص 131.

يتعين عليه أن يقرر إجراء مؤقتا في انتظار عرض النزاع على قاضي الموضوع لحسمه بإعطاء الحماية القضائية النهائية للحق المتنازع عليه.

هذا القضاء الذي لا يتطرق إلى حسم موضوع النزاع، وإنما يقوم فقط بمنح الحماية القضائية الوقتية بشكل مؤقت ذلك هو الركن الثاني في القضاء المستعجل وهو الذي يعرف بشرط عدم المساس بالموضوع أو بأصل الحق.

إذن الأوامر الصادرة في المواد المستعجلة ألا يكون له تأثير على موضوع الحق المتنازع عليه ولا يستشف منه اتجاه المحكمة على ترجيح مصلحة على أحد الخصوم وإنما يجب أن يكون هدف القضاء المستعجل هو منح تدبير مؤقت لمن تثبت مصلحته ثبوتا ظاهريا[1] فلا يجوز لقاضي الأمور المستعجلة، أن يتطرق إلى أصل الحق المتنازع عليه، كان يقوم بتعديل التزام أحد أطراف العقد أو تحديد مسئوليته، أو تقرير التعويض الناجم عن الضرر، أو إثبات نسبة الخطأ إلى أحدهما، أو البحث عن مدى صحة العقد أو بطلانه[2].

وقد ترفع الدعوى بإجراء مؤقت، لكنه قد ينطوي على مساس بأصل الحق، كما لو رفعت المرأة الدعوى أمام قاضي الأمور المستعجلة، طالبة تقرير لها نفقة مؤقتة، فيدفع الرجل الذي رفعت عليه الدعوى بإنكار الزوجية، ولم تستظهر الزوجة بعقد مكتوب، وإنما تعتمد في قولها بوجود زواج عرفي. فبالرغم من طبيعة الطلب بأنه مؤقت، يهدف إلى تقرير نفقة مؤقتة، لكن الاستجابة له، ينطوي على المساس بأصل الحق، لأن النفقة لا توجب إلا بوجود علاقة زوجية ثابتة قائمة فعلا بين الطرفين، والاستجابة إلى طلب المرأة، يجب الرد على دفع الرجل، بالبحث عن وجود علاقة زوجية من عدمه، وأن هذا البحث يخرج عن ولاية القضاء المستعجل، مما يستلزم أن يقضى بعدم الاختصاص.

1 - فتحي والي، الوسيط، المرجع السابق، ص 131.
2 - فتحي والي، نفس المرجع، ص 131.

2- كيفية معرفة الإجراء الماس بأصل الحق

لمعرفة ما إذا كان الإجراء المطلوب يمس بأصل الحق يكمن في الجواب الذي يعطى على السؤال التالي: هل الاجراء المطلوب وقبل الاستجابة له يتطلب عرضه بداءة على قاضي الموضوع فيما يخص الدفع الذي يتمسك به المدعى عليه ؟

فالجواب الذي يعطى على هذا السؤال هو الذي يكون محل الحكم فإذا كان الجواب بنعم فيما يتمسك به المدعى عليه من دفع وجب على قاضي الأمور المستعجلة أن يقضي في الدعوى بعدم الاختصاص لأن المنازعة في هذه الحالة أصبحت منازعة جدية.

أما إذا كانت الإجابة بالنفي ، فبما يتمسك به المدعى عليه ، وجب على القاضي أن يقضي في الدعوى بالإجراء المطلوب .

إن سلاح المدعى عليه يتجسد في الدفع بعدم الإختصاص استنادا إلى أن النزاع يمس بأصل الحق وهذا لا يعني أن القاضي لا يمكن له أن يحكم بعدم الاختصاص لكون المنازعة تمس بأصل الحق إلا إذا تمسك المدعى عليه بذلك بل يحق للقاضي أن يقضي بعدم الاختصاص كلما كانت المنازعة تمس بأصل الحق ويقضي بذلك تلقائيا لأن الأمر يتعلق بالاختصاص الوظيفي.

وعلى ذلك يقع على عاتق المدعي أن يقدم الوقائع التي من شأنها أن تبرهن على وجود خطر وشيك الوقوع يهدد الحق او المركز القانوني و أن يتمسك بالإجراء الذي لا يمس بأصل الحق.

إن تمسك المدعى عليه بعدم الاختصاص لمساس النزاع بأصل الحق لا يدفع القاضي أن يقضي بعدم الاختصاص بل يجب عليه أن يتفحص المستندات تفحصا ظاهريا فإذا تبين له أن ما يدفع به المدعى عليه لا يكتسي طابع الجدية قضى بالإجراء المطلوب.

عندما يلجأ المدعي إلى القضاء المستعجل يلقي على عاتقه مجموعة من الشروط التي يجب أن يتقيد بها فإذا توافرت تلك الشروط في الدعوى المستعجلة فإن ما يدفع به المدعى عليه لا يكون له أي صدى.

غير أن هذا القول لا يمكن فهمه على وجه الإطلاق على اعتبار أن ما يدفع به المدعي عليه قد يكون له أثر حاسم إذا كانت تلك الدفوع مبنية على أساس من الواقع و القانون.

وفي واقع الأمر فإنه إذا كان ركن الاستعجال كما رأينا يختلط فيه الواقع بالقانون فهو يخضع للسلطة التقديرية للقاضي للقول بوجود ركن الاستعجال في القضية من عدمه حيث يمكن لواحد منا أن يرى أن طلب تسليم الولد إلى أمه في سن معينة فيه استعجال من عدمه أما بالنسبة لركن عدم المساس بأصل الحق فهو يطرح مسألة قانونية أمام القضاء المستعجل كما لو قام (أ) برفع الدعوى أمام القضاء المستعجل يطلب فيها الأمر بطرد (ب) من العين التي يشغلها بغير حق أو سند.

فأجاب (ب) وتمسك بعدم الاختصاص استنادا إلى النزاع يمس بأصل الحق موضحا أنه يستأجر تلك العين بعقد شفوي وقع بين الطرفين و بحضور شاهدين وبدفع الأجرة من يد إلى يد وهو الأمر الذي ينكره المدعي.

إن اول ما يثير اهتمام القاضي في هذه المسألة هو تحديد طريقة إثبات عقد الإيجار[1]. فهو يثبت - طبقا للقواعد العامة – بالكتابة والإقرار واليمين الحاسمة[2].

والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد ، فهل يمكن إثبات عقد الإيجار بواسطة شهادة الشهود ؟

إن الإجابة على هذا السؤال ، نقول أنه لا يجوز إثبات عقد الإيجار بشهادة الشهود وبالتالي فإن الدفع الذي تمسك به المدعى عليه ليس له طابع الجدية ، ولا يشكل منازعة جدية تمنع قاضي الأمور المستعجلة من الفصل في الدعوى بطرد (ب) طالما أن عقد الإيجار غير قابل الإثبات بشهادة الشهود وبالتالي أصبح دفع المدعى عليه لا يشكل منازعة جدية.

تقدر دفوع المدعى عليه أمام قاضي الأمور المستعجلة ، ما إذا كانت تنطوي على الجدية يجب عرضها على قاضي الموضوع الذي يفصل فيها.

---

1 - انظر المادة 467 مكرر من القانون المدني المعدل.
-أصبح عقد الايجار عقدا شكليا فهو لا ينعقد إلا إذا تم تحريره كتابة أصبحت الكتابة ركنا في عقد الإيجار ، والكتابة قد تكون عرفية أو رسمية.
وحيث كان العقد قبل هذا التعديل عقد رضائي ينعقد بمجرد الإيجاب والقبول لكنه لا يجوز إثباته إلا عن طريق الكتابة إذا كانت قيمة التصرف القانوني تزيد عن مائة ألف دينار.
ولذلك يجب التمييز بين الكتابة كشرط للانعقاد والكتابة كشرط للاثبات.
2 - السنهوري ، عقد الإيجار ، منشورات محمد الدراية ، بيروت ، ص 129 ، 139.

أما ما يعتبر ماسا بأصل الحق سيتضح لنا من خلال وقائع القضية – التي سبقت الإشارة إليها–

ذلك وعلى فرض لو تمسك المدعى عليه أمام قاضي الأمور المستعجلة في ظل القانون المدني قبل تعديله بتوجيه اليمين الحاسمة إلى المدعي لأجل إثبات عقد الإيجار هنا تشكل مسألة إثبات عقد الإيجار بواسطة اليمين الحاسمة منازعة جدية تمس بأصل الحق المتنازع عليه ، لأن اليمين الحاسمة لا توجه إلا أمام قاضي الموضوع .

وبتحليل الدفع الذي تمسك به المدعى عليه – في هذه الحالة – نجده يتضمن قدرا من الجدية ومنتجا في الدعوى أمام قاضي الموضوع ، ذلك أن هذا الدفع المتعلق بوجود عقد الإيجار وإثباته عن طريق اليمين الحاسمة مسألة لا يمكن لقاضي الأمور المستعجلة أن يتصدى لها من غير أن يمس بأصل الحق .

فإذا قبل المدعي آداء اليمين وأداها فيحكم بطرد المدعى عليه ، أما إذا نكل عنها أو ردها على المدعى عليه وقبل هذا الأخير آداءها أدى ذلك إلى إثبات عقد الإيجار.

فإذا تصدي قاضي الأمور المستعجلة لهذه المسائل يمس بأصل الحق ، وتبعا لذلك يتعين عليه أن يقضي في الدعوى بعدم الإختصاص .

وفي حقيقة الأمر إن ما يصطلح عليه " بوجود منازعة جدية " أو " نزاع يمس بأصل الحق " إنما هو ينصرف إلى تقرير وجود مسألة قانونية تتطلب بادئ ذي بدء عرضها على قاضي الموضوع لحلها .

وعلى ذلك فإن مجرد الإدعاء بوجود منازعة جدية ، لا تحد من سلطة قاضي الأمور المستعجلة إذا كان الإدعاء لا ينطوي على دفع يتطلب عرضه على قاضي الموضوع للفصل فيه بصفة نهائية .

ولا يعد ماسا بأصل الحق ، إتخاذ إجراء من شأنه الإضرار بمركز أحد الخصوم ، يتعذر معه إزالة آثاره من الناحية (الواقعية)، ومن الأمثلة على ذلك الحكم بطرد الشاغل من العقار[1].

1 - أمينة مصطفى النمر ، قوانين المرافعات ، ج1 ، ص253.

غير أن السؤال الذي يبقى مطروحا حول كيفية بحث المنازعة الجدية وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

3- كيفية بحث المنازعة الجدية

إن قاضي الأمور المستعجلة ، لا يبت في جوهر المسائل التي تثار أمامه ، ويستوجب عليه- لمعرفة ما إذا كان يبت في الجوهر- أن يجيب على السؤالين التاليين وهما:

الأول: هل الدفوع التي تمسك به المدعى عليه ، لها نصيب من الجدية ، ويستخلص ذلك من خلال ما يتبين له من ظاهر المستندات.

الثاني: فهل المسائل المثارة تتطلب بداءة الفصل فيها من قاضي الموضوع ، أي هل أن تلك الدفوع تتضمن مسائل قانونية يتعين عرضها على قاضي الموضوع لحسمها؟.

كما إذا عرضت دعوى مستعجلة على القاضي ، يطلب فيها طرد المدعى عليه من العقار الذي يشغله من غير وجه حق ، في حين يجيب المدعى عليه متمسكا بعدم الإختصاص لوجود منازعة جدية باعتباره مستأجرا بعقد شفوي طبقا للقانون المدني قبل تعديله ، وهو يعد من أحد أقارب المدعي وله شهود على ذلك.

إن عقد الإيجار يعتبر من العقود غير محددة القيمة فلا يجوز إثبات الالتزام الذي يتضمنه

- طبقا للقواعد العامة - إذا كان غير محدد القيمة إلا بالكتابة وبالتالي لا يجوز اثباته بالبينة التي يتمسك بها المدعى عليه.

إلا أنه يرد استثناءا على تلك القاعدة المنصوص عليها بالمادة 335 من القانون المدني والتي تجيز اثبات الالتزام إذا تجاوزت قيمته مائة ألف دينار أو إذا كان غير محدد القيمة إذا وجد مانع أدبي و وجود علاقة قرابة بين المدعي والمدعى عليه تشكل مانعا أدبيا يسمح بمقتضاه تطبيق الاستثناء المنصوص عليه في المادة المشار إليها.

إن دفع المدعي عليه - في هذه الحالة - له نصيب من الجدية بوجود علاقة قرابة التي تسمح اثبات الالتزام غير محدد القيمة بشهادة الشهود ، ومن ثم فإن الدفع الذي يتمسك

به المدعى عليه يجب الفصل فيه بداءة من قاضي الموضوع بسماع الشهود ، وتقرير ما إذا كانت توجد علاقة إيجار أما إذا استطاع المدعي أن ينفي وجود علاقة قرابة من خلال ظاهر المستندات ، فإن دفع المدعى عليه لا يشكل أية منازعة جدية ، وبالتالي تطبق القواعد التي سبقت الإشارة إليها.

وقد تطرح المسائل القانونية التي يثور بشأنها خلاف في الفقه والقضاء فهل يحق لقاضي الأمور المستعجلة أن يتعرض إلى تلك المسائل و يستخلص رأيا يرجحه وهي المسألة التي اتطرق إليها فيما يلي:

4- المسائل القانونية محل خلاف في الفقه والقضاء

لا يعد مساسا بأصل الحق ، أن يتعرض قاضي الأمور المستعجلة ، إلى مسألة محل خلاف قانوني في الفقه والقضاء ، بل يتعين عليه أن يعمل إلى أن يصل إلى الرأي الذي يرجحه على ضوء المعطيات المتوفرة في القضية.

ومن المسائل الخلافية في الفقه [1] ، مسألة تنازع قوانين الإجراءات المدنية ، من حيث الزمان ، خاصة تلك النصوص المعدلة لطرق الطعن ، بإنشاء طريق جديد أو إلغاء طريق من طرق الطعن كان قائما.

وقواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، تخضع للأثر الفوري.

وقد ثار التساؤل حول القانون الواجب التطبيق ، بشأن الأحكام الصادرة في ظل القانون القديم والتي كانت تقبل الطعن فيها بالاستئناف ثم صدر قانون جديد يلغي هذا الطريق ، فهل ستبقى خاضعة للقانون القديم الذي صدرت فيه ، أم تخضع للأثر الفوري للقانون الجديد ؟

وتثير المادة 57 من قانون الأسرة ، تنازعا من حيث الزمان إذ الغت طريقا من طرق الطعن كان قائما.

1 - أمينة مصطفى النمر ، المرجع السابق ، ص253.

ومن ثمة تطرح الأحكام الصادرة بالطلاق[1]، قبل نفاذ قانون الأسرة، قضية تنازع القوانين الإجرائية، من حيث الزمان فتثير التساؤل حول مدى قابليتها للطعن فيها بالاستئناف بعد سريان هذا القانون؟

يوجد خلاف – حول الإجابة على هذا السؤال - في الرأي أحدهما يذهب إلى القول، أن مدى قابلية الحكم للطعن فيه يجب الرجوع إلى القانون الذي صدر الحكم في ظله، لأن مدى قابلية الحكم للطعن فيه من عدمه، هو وصف يولد معه، فإن ولد وكان قابلا للطعن في الاستئناف، فيبقى هذا الوصف ملازما له، ولو وقع الطعن فيه بالاستئناف، بعد سريان القانون الجديد الذي يلغي هذا الطريق[2].

في حين الرأي الأخر يذهب إلى القول، أن الأحكام الصادرة بالطلاق في ظل القانون القديم التي تقبل الطعن فيها بالاستئناف فتصبح تلك الأحكام الصادرة في ظل القانون القديم، غير قابلة للطعن فيها بالاستئناف طبقا للأثر الفوري للقانون الجديد[3].

فإذا أخذنا بالرأي الأول، ستكون الأحكام الصادرة بالطلاق، قبل سريان قانون الأسرة، قابلة للطعن فيها، إذا ما وقع الطعن فيها بعد سريان هذا القانون.

في حين إذا أخذنا بالرأي الثاني، تكون تلك الأحكام غير قابلة للطعن فيها، بعد سريان قانون الأسرة، ولو صدرت قبل نفاذه.

فإذا رفع الزوج-بالاستناد إلى الرأي الثاني- دعوى بطرد الزوجة من مسكن الزوجية، بعد انتهاء العدة، فتمسكت الزوجة بعدم الاختصاص استناد إلى الرأي الأول الذي سبقت الإشارة إليه.

إن الدفع الذي تمسكت به الزوجة يتناول الجدل القائم في الفقه حول تفسير القوانين الإجرائية لحل مشكلة تنازعها من حيث الزمان، فإن هذا الجدل لا يشكل في حد ذاته سببا لعدم اختصاص القضاء المستعجل، لأنه لا يمس بأصل الحق، على اعتبار شأنه

1 - عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، منشورات انسيكلوبيديا، الجزائر، طبعة 2003، ص 130.

2 - إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص41.

3 - عمر زودة، محاضرات ألقيت على طلبة القضاء بالمعهد الوطني للقضاء، السنة الجامعية.

كشأن القضاء العادي، حيث يجوز للقاضي أن يفسر القانون لاستخلاص المعنى الصحيح، وله أن يرجح أحد الرأيين، وأن ذلك لا يؤدي إلى المساس بأصل الحق[1].

وقد انتهينا من مناقشة الركن الثاني من القضاء المستعجل وأنتقل الآن إلى تمييز القضاء المستعجل عن غيره من الحالات التي قد يشتبه بها كمايلي:

الفرع الثالث
تمييز القضاء المستعجل
عن غيره من النظم القانونية الأخرى

أولا: القضاء المستعجل و الأوامر على العرائض

القضاء المستعجل يعد من الأعمال القضائية، ولا يختلف عن الأعمال القضائية الأخرى المتعلقة بالمنازعات الخاصة بقضاء الموضوع، غير أن هذا الأخير يختلف عن الأول من حيث طبيعة الحماية القضائية. فالقضاء المستعجل يهدف إلى منح الحماية القضائية الوقتية للحق محل الاعتداء، أما قضاء الموضوع فهو يهدف إلى منح الحماية القضائية النهائية للحق المعتدى عليه.

1- محمد علي راتب ومن معه، المرجع السابق، ص 48.

في حين أن الأوامر على العرائض لاتعد من الأعمال القضائية، بل هي من الأعمال الولائية[1]، وهي التي ورد النص عليها بالمادة 310 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وتختلف الأعمال الولائية عن الأعمال القضائية اختلافا جوهريا، سواء من حيث الإجراءات التي تتبع في كل عمل، أو طرق الطعن فيه، أومن حيث الحجية، ولا يصدر القضاء المستعجل إلا بناء على تكليف بالحضور، في حين لا يكلف الخصم الآخر بالحضور في العمل الولائي.

إذن هناك فرق بين القضاء المستعجل، والأوامر على العرائض من حيث الحجية ومن حيث الإجراءات المتبعة في كل واحد منها.

ثانيا: القضاء المستعجل وحالة النفاذ المعجل

يقصد بالنفاذ المعجل، إعطاء الحكم الصادر في الموضوع القوة التنفيذية، بالرغم من قابلية هذا الحكم للطعن فيه بطرق الطعن العادية، ويتعين على القاضي أن يصرح به مادام أحد الخصوم صاحب المصلحة قد تمسك به.

ولذلك يسمى بالنفاذ المعجل القضائي، تميزا له عن النفاذ المعجل القانوني.

وينقسم النفاذ المعجل، إلى النفاذ المعجل الو جوبي القضائي والنفاذ المعجل القضائي الجوازي[2].

الحالة الأولى تقوم على قوة الدليل التي يستند عليها الحكم، وهذه الحالات ورد ذكرها على سبيل الحصر، طبقا لما تنص عليه المادة 323 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

---

1 - انظر التفرقة بين العمل القضائي والعمل الولائي.
- إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 59.
- أبو الوفا، المرافعات، ص 325.
- فتحي والي، المرجع السابق، ص 32
- نبيل إسماعيل عمر، الطعن بالاستئناف وإجراءاته، ص 57.

2 - أبو الوفا، إجراءات التنفيذ، الدار الجامعية، بيروت 1984، ص 76.

أما الحالة الثانية وردت على سبيل الجواز ، حيث يستطيع قاضي الموضوع أن يأمر بالنفاذ المعجل بكفالة أو بدون كفالة ، استنادا إلى حالة الاستعجال ، ويتعين إثبات هذه الحالة التي تبرر النفاذ المعجل.

ولا يكون الحكم مشمولا بالنفاذ المعجل ، إلا إذا صرح به القاضي. ولا يجوز الأمر بالنفاذ المعجل تلقائيا.إن لم يتمسك به الخصم ، حتى ولو كان أمام حالة النفاذ المعجل القضائي الو جوبي كطلب النفقة.

في حين الأمر الصادر من القضاء المستعجل ، يكون مشمولا بالنفاذ المعجل بقوة القانون ، طبقا لما تقضي به المادة 303 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

والحكم الصادر من القضاء المستعجل معجل النفاذ بقوة القانون سواء طلبه الخصم أو لم يطلبه ، وإن صرح به القاضي ، فيكون ذلك من باب تحصيل حاصل.

والقضاء المستعجل مستقل عن قضاء الموضوع ، وبالتالي فإن النفاذ المعجل القضائي يشمل به الحكم الصادر عن قضاء الموضوع.

ويجوز التظلم من النفاذ المعجل إلى جهة الاستئناف ، في حين أنه لا يجوز التظلم من النفاذ المعجل بالنسبة للقضاء المستعجل.

ثالثا: الطلب المستعجل والطلب الوقتي

يشترط في اختصاص قاضي الأمور المستعجلة ، توافر عنصر الاستعجال ، ويعبر عنه عادة بعنصر العجلة ، وعنصر عدم المساس بأصل الحق وهي الشروط التي تطرقنا إليها بالتفصيل فيما سبق.

وعدم المساس بأصل الحق ، يستوجب أن يكون الإجراء وقتيا.

وقد ذهب البعض من الفقه[1] إلى إقامة التفرقة بين الطلب المستعجل والطلب الوقتي كالحراسة القضائية التي يختص بها قضاء الموضوع دون القضاء المستعجل[2] فتمثل الصورة التي يختص بها قضاء الموضوع.

غير أن هذه التفرقة محل نظر، ذلك أن الطلب المستعجل والطلب الوقتي، يعد كل واحد منهما أحد وجهي العملة الواحدة، فالطلب المستعجل يجب أن يكون وجهة الآخر وقتيا والآخر مستعجلا.

ولا توجد حراسة قضائية - في ظل التشريع الجزائري – يختص بها قاضي الموضوع، والآخر يختص بها قاضي الأمور المستعجلة، فإذا رفع طلب الحراسة القضائية بالتبعية للدعوى المرفوعة أمام قاضي الموضوع، فيجب على هذا الأخير أن يصرح بعدم اختصاصه في طلب الحراسة القضائية، ذلك أن المحكمة مقسمة إلى قضاء الموضوع، وقضاء مستعجل، وهو تقسيم للاختصاص الوظيفي، فلا يجوز لقاضي الموضوع أن يصدر تدابير مؤقتة، باستثناء بعض الحالات المنصوص عليها في قانون الأسرة.

وهذا على خلاف ما هو عليه الوضع، في بعض التشريعات الأجنبية[3] التي تجيز لقاضي الموضوع إصدار أحكام استعجالية بشرط أن يكون الطلب المستعجل تابعا للدعوى في الموضوع الجارية أمامه[4].

---

1 - محمد علي راتب وآخرون، قضاء الأمور المستعجلة، عالم الكتب القاهرة، الطبعة 5، ص 60.
- محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 126.

2 - محمد علي راتب وآخرون، قضاء الأمور المستعجلة، المرجع السابق، ص 62.

3 - محمد علي راتب وآخرون، المرجع السابق، ص 62.

4 - انظر المادة 45 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.
- وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، هامش 73، ص 31.

رابعا: الاستعجال والسرعة

للقضاء المستعجل أركان يجب توافرها ، فهو يهدف إلى حماية الحق أو المركز القانوني من الخطر الذي يهدده فيحول دون وقوع هذا الخطر الذي يؤدي إلى التلف والضياع ، والحفاظ عليه في انتظار حسم النزاع حول الموضوع.

في حين أن حالة السرعة التي يجب أن يتم الفصل بها في بعض المنازعات كالقضايا التجارية والاجتماعية فينص المشرع عادة على أن يتم الفصل في هذه الدعاوى على وجه السرعة ، ولا يعني ذلك أن تلك القضايا من قبيل القضايا المستعجلة ، بل تبقى قضايا عادية تدخل في اختصاص قاضي الموضوع.

أما القضايا المستعجلة ، فقد نصت عليها المادة 299 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وقد أجازت الالتجاء إلى القضاء المستعجل وهو يختص بالفصل في الطلبات المستعجلة التي لاتمس بأصل الحق.

إذن القضاء المستعجل يفصل فيه القاضي بما له من ولاية القضاء ، ولكن السؤال يبقى مطروحا حول خصائص هذا القضاء التي تميزه عن قضاء الموضوع وهي المسألة التي أتطرق إليها في الفرع التالي:

الفرع الرابع
خصائص القضاء المستعجل

يعد القضاء المستعجل من الأعمال القضائية ، ولا يعتبر من الأعمال الولائية أو الإدارية [1] ، ولكنه لا يقوم على فكرة الحماية الكاملة .بل يقوم على فكرة الحماية العاجلة التي لا تكسب الحقوق ولا تزيلها [2].

1 - فتحي والي ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص 126.

2 - أمينة مصطفى النمر ، المرجع السابق ، ص 215.

والقضاء المستعجل، هو قضاء مساعد للقضاء الموضوعي، وبالتالي فهو يدور وجودا وعدما مع هذا الأخير.

فإن صدر حكم في الدعوى الموضوعية، وأصبح هذا الحكم حائزا على قوة الأمر المقضى به، فتصبح الدعوى المستعجلة التي ترفع لحماية نفس الحق أو المركز القانوني الذي كان محل الحكم الموضوعي المذكور أعلاه، غير مقبولة لانتفاء المصلحة[1].

والقضاء المستعجل يمنح الحماية القضائية، بصرف النظر عن وجود الحق الموضوعي من عدمه، وجودا حقيقيا فهو يقوم على المصلحة المحتملة على وجود هذا الحق، يستخلص من ظاهر المستندات[2] وله أثر مؤقت، فلا يلبث أن يزول بزوال الظروف السابقة المحيطة به، وهو يبقى مرهونا على صدور الحكم من قاضي الموضوع، فإذا ما قضى به القضاء يصبح لا أثر له. وبالتالي فهو لا يحوز على حجية الأمر المقضي به أمام قضاء الموضوع، فهو قضاء مبني على الوقائع قابلة للتغيير والزوال[3].

ويجوز إعادة النظر من نفس الجهة القضائية في القضاء الصادر عنها والقضاء خلافا للقضاء السابق، وذلك إذا زالت تلك الوقائع أو تغيرت تلك الظروف[4]، ولا يمكن التمسك بحجية الشيء المقضي به.

ويتميز القضاء المستعجل، بأنه قضاء مؤقت، ويقصد بذلك أنه قضاء، لا يقوم على تحديد مراكز الخصوم تحديدا نهائيا بل يلجأ إلى تحديدها تحديدا مؤقتا، فهو لا يتصدى بالفصل في أصل الحق أو المساس به، وأن ما يعبر عنه بعدم المساس بأصل الحق، ليس إلا الوجه الآخر لشرط وقتية الطلب[5].

والقضاء المستعجل يختص بالفصل في صورتين من المنازعات، فهو يفصل في المنازعات المتعلقة بالقضاء المستعجل والذي انتهينا من دراسة أركانه ويفصل في اشكالات التنفيذ الوقتية وإذا كانت تدخل تحت لواء القضاء المستعجل ولكنها تتميز عنه

1 - فتحي والي، المرجع السابق، ص 126.
2 - فتحي والي، نفس المرجع، ص 131.
3 - أمينة مصطفى النمر، نفس المرجع السابق، ص 237.
4 - أنظر قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القسم الأول، الصادر بتاريخ 3002/10/22 رقم 309509 غير منشور.
5 - أمينة مصطفى النمر، المرجع السابق، ص 237.

ببعض الخصائص ونقصد بذلك إشكالات التنفيذ، فهي تدخل ضمن إختصاص القضاء المستعجل وتبعا لذلك سأتناول الشطر الثاني من القضاء المستعجل فيما يلي:

المطلب الثاني
إشكالات التنفيذ الوقتية

مقدمة :

تعد إشكالات التنفيذ الوقتية منازعات قضائية، يختص بها قاضي الأمور المستعجلة، وتبعا لذلك فهي تخضع لنفس القواعد التي يخضع لها القضاء المستعجل[1]، ومع ذلك فهي تتميز بطبيعة خاصة، وتنفرد ببعض الأحكام التي تختلف عن تلك التي يخضع لها القضاء المستعجل.

ولدارسة هذا الموضوع، يتعين علينا أن اتطرق إلى تعريف إشكال التنفيذ الوقتي وتمييزه عن غيره من النظم القانونية الأخرى التي قد تختلط بها، ثم بعد ذلك تحديد أشخاص الإشكال الوقتي مع الإشارة إلى الخطأ الشائع الذي وقع في الممارسة العملية، ثم بعد ذلك تم تكريس هذا الخطأ تشريعيا، و يتمثل هذا الخطأ من اعتبار المحضر القضائي طرفا في الإشكال.

كما يجب تحديد اللحظة التي يولد فيها الحق في الإشكال والوسيلة التي يرفع بها أمام القضاء، وهذا ما يدفعنا إلى طرح التساؤل التالي: فهل يرفع الاشكال الوقتي أمام المحضر القضائي فقط كما يعتقد البعض، أم أنه يمكن رفعه طبقا للقواعد العامة التي ترفع بها باقي الدعاوى القضائية الأخرى، و الأثر المترتب على رفع الإشكال و شروط قبوله ؟
وأتناول هذه المسائل كما يلي:

---

1 - انظر تعليقنا على القرار المؤرخ في 2002/11/05 رقم 9934 الصادر عن مجلس الدولة، الغرفة الخامسة، المتعلق بتحديد الجهة القضائية المختصة بالاشكال في تنفيذ قرار قضائي إداري نشر في مجلة مجلس الدولة عدد 4 سنة 2003، ص 172.

أولا: التعريف بالإشكال الوقتي

تنص المادة 631 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي:

"في حالة وجود إشكال في تنفيذ أحد السندات التنفيذية المنصوص عليها في هذا القانون ، يحرر المحضر القضائي محضرا عن إشكال ويدعو الخصوم لعرض الإشكال على رئيس المحكمة التي يباشر في دائرة اختصاصها التنفيذ عن طريق الاستعجال"

يشير هذا النص إلى إشكالات التنفيذ الوقتية غير أنه لم يتطرق إلى تعريفها ، وقد أشار هذا النص إلى السندات التنفذية المنصوص عليها قانونا ، وهي تلك السندات التي ورد النص عليها بالمادة 600 من نفس القانون وهي السندات التي تنشأ عنها إشكالات التنفيذ عند تنفيذها جبرا عن المدين.

وتبعا لذلك يطرح التساؤل التالي: فهل هذا التعداد جاء على سبيل الحصر أو المثال ؟

للإجابة على ذلك: نقول أن هذا التعداد ورد على سبيل الحصر.

إذن القاعدة العامة هي أن السندات التنفيذية هي تلك السندات التي ورد تعدادها ضمن المادة 600 ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ومن الأمثلة على ذلك الأحكام الأجنبية بعد منحها الصيغة التنفيذية تعد من السندات التنفيذيةلم يرد تعدادها ضمن المادة الشار إليها ومع ذلك تعد من السندات التنفيذية التي تقبل التنفيذ الجبري ، ذلك أن السند التنفيذي هو الذي يقبل التنفيذ الجبري أما السندات التي لا تقبل التنفيذ الجبري, فلا تعد من السندات التنفيذية, لأن ليس كل الأحكام القضائية تقبل التنفيذ الجبري, و بالتالي لا تنشأ عنها إشكالات التنفيذ.

وتنقسم إشكالات التنفيذ إلى إشكالات موضوعية ، وإشكالات وقتية ، الأولى هي التي يطلب فيها الحكم في منازعة التنفيذ ، ومثالها دعوى بطلان إجراءات التنفيذ ، أو طلب سقوط الدين الثابت في السند وغيرهما.

في حين إشكالات التنفيذ الوقتية ، هي التي يطلب فيها الحكم بإجراء وقتي ، بوقف التنفيذ أو الاستمرار فيه ، إلى غاية الفصل في الإشكال الموضوعي[1].

1 - أمينة مصطفى النمر ، المرجع السابق ، ص 297.

ولا يهمنا موضوع الإشكالات الموضوعية ، فهي تخضع للقواعد العامة ، فترفع بدعوى مبتداه ، بواسطة عريضة افتتاح الخصومة أمام المحكمة المختصة لتفصل فيها كما تفصل في باقي الدعاوى الموضوعية الأخرى.

إن ما يهمنا في هذا الصدد: هو تعريف إشكالات التنفيذ الوقتية ، ومن ثمة يثار التساؤل حول ماهية هذه الإشكالات ؟

والإجابة على هذا السؤال: هي أن تعريف إشكالات التنفيذ الوقتية ، قد اختلف الفقه حولها ، فقد ذهب البعض إلى تعريفها على أنها منازعات تعترض عملية التنفيذ جائزا أو غير جائز ، صحيحا أو باطلا ، يثيرها أحد الأطراف في مواجهة الطرف الآخر أو يبديها الغير في مواجهتهما ، وهي تتناول السند التنفيذي أو الحق الذي تكرسه ، أو إجراءات التنفيذ[1].

في حين أن البعض الآخر يعرفها: على أن إشكالات التنفيذ هي المنازعات التي تدور حول الشروط الواجب توافرها لاتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري ، فيصدر فيها الحكم بجواز هذا التنفيذ أو بعدم جوازه ، بصحته أو بطلانه بوقفه أو الاستمرار فيه أو الحد من نطاقه[2].

بينما يرى البعض الآخر ، أن إشكالات التنفيذ ، هي منازعة قانونية توجه إلى إجراءات التفنيد الجبري ، بهدف المنازعة في صحتها أو طلب وقف أو الاستمرار في هذه الإجراءات[3].

ونرى أن إشكالات التنفيذ الوقتية هي عبارة عن منازعات وقتية تعترض عملية تنفيذ السندات الواجبة التنفيذ الجبري قبل تمامه ، وهي عقبات قانونية و ليست عقبات مادية.

وتتناول تلك المنازعات الطعن في صحة إجراءات التنفيذ أو الطعن في عدالته[4].

وتبعا لذلك لا تعد من إشكالات التنفيذ ، العقبات المادية التي يعترض بها المحكوم عليه أو الغير عملية التنفيذ كغلق الأبواب أومنع التنفيذ باستعمال القوة.

---

1 - محمد علي راتب ، قضاء الأمور المستعجلة ، ج 2 ، ص 938.

2 - أبو الوفا ، إجراءات التنفيذ ، ص 242..

3 - نبيل إسماعيل عمر ، إشكالات التفنيد الجبري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط1 سنة 1982 ، ص18.

4 - فتحي والي ، التنفيذ الجبري ، ص 534.

ويجب أن تنشأ العقبات القانونية التي تعترض عملية التنفيذ بعد صدور الحكم ، أما ما تم قبل ذلك أو ما كان قائما وقت نظر الدعوى - ولو لم يطرح على القضاء – لا يعد من إشكالات التنفيذ ، إذ يفترض في الخصوم أنهم أثاروا تلك المنازعات أمام الجهة القضائية التي فصلت في موضوع الدعوى [1] صراحة أو ضمنيا.

وتثار إشكالات التنفيذ الجبري ، بمناسبة تنفيذ حكم أو قرار أو أمرآخر ، وقد يكون حكما صادرا عن جهة أجنبية ، أو حكما صادرا عن هيئة التحكم ، وغيرها من المحررات التي يعطي لها المشرع القوة التنفيذية ، ولكي يكون الحكم سندا تنفيذيا ، يجب إما أن يكون حكما باتا وهو الحكم الذي لايمكن الطعن فيه بطرق الطعن العادية وغير العادية ، وإما أن يكون حائزا على قوة الأمر المقضي به أي نهائيا ، وهو الحكم الذي لا يجوز الطعن فيه بطرق الطعن العادية ، وإما أن يكون مشمولا بالنفاذ المعجل.

ولا يكفي أن يصبح الحكم نهائيا لكي يعد سندا تنفيذيا مالم يكن ممهورا بالصيغة التنفيذية.

غير أن هناك من النظم القانونية التي قد تختلط بالإشكال التنفيذي الوقتي. مما يجب التطرق إلى تميزه عن غيره من هذه النظم وذلك على الوجه التالي:

ثـانيا: تميز الإشكال الوقتي عن غيره من النظم القانونية الأخرى

إشكالات التنفيذ الوقتية هي منازعات قانونية تنشأ عن التنفيذ الجبري وهي ترفع بواسطة عريضة افتتاح الخصومة إلى الجهة القضائية المختصة ، يطلب فيها الخصم الحكم له بإجراء وقتي إلى غاية الفصل في أصل النزاع أي الفصل في الإشكال الموضوعي [1].

إذن الإشكال الوقتي يتميز عن نظرة المسيرة هذه الأخيرة ترمي إلى وقف إجراءات التنفيذ ومنح مهلة إلى المحكوم عليه لا يجب أن تتعدى مدة سنة.

1 - نبيل اسماعيل عمر ، الوسيط في التنفيذ الجبري ، دار الجامعية للنشر ، الاسكندرية ، ط 2001 ، ص 188.

و تبعا لذلك، إذا كانت الأوامر الصادرة في إشكالات التنفيذ الوقتية، غير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن، طبقا للمادة 633 من نفس القانون.

في حين أن الأمر الصادر في طلب وقف التنفيذ و منح مهلة الميسرة للمدين يقبل الطعن فيه، لأنه لا يعد من إشكالات التنفيذ.

وتختلف نظرة الميسرة عن الإشكال الوقتي من حيث السبب . فسبب منح نظرة الميسرة هي حالة المدين البائسة ، وهي تخضع لتقدير القاضي في حين أن سبب الإشكال الوقتي يرجع إما إلى عيب شاب إجراءات التنفيذ ، أو إلى عدالة التنفيذ ، كأن يتمسك المدين بسقوط الدين بالتقادم ، أو أنه قام بالوفاء به وغيرهما من الحالات الأخرى[1]

ولا تعد إشكالات التنفيذ الوقتية طريقا من طرق الطعن في الحكم أو القرار أو الأمر المراد تنفيذه ، فيرمي الإشكال الوقتي إلى الاعتراض على إجراءات التنفيذ التي لا تتطابق مع النصوص القانونية ، في حين الطعن في الأحكام القضائية فهو يرمي إلى الاعتراض على سلامة الحكم من حيث الشكل والمضمون[2].

وتبعا لذلك فأن مضمون منازعة التنفيذ يختلف عن مضمون الطعن في الأحكام القضائية. ومن ثمة لا يوجد ما يمنع من ولوج الطريقين في آن واحد ، من رفع الإشكال الوقتي في الحكم المراد التنفيذ بمقتضاه والطعن فيه فالحكم المشمول بالنفاذ المعجل ، فيمكن الطعن فيه بالاستئناف ويمكن في ذات الوقت رفع إشكال وقتي في التنفيذ بوقف إجراءاته[3].

وتختلف أيضا إشكالات التنفيذ الوقتية عن المنازعات المتعلقة بتفسير الحكم المراد تنفيذه أو تصحيحه ، ذلك أنه قد يصدر حكم يحمل عبارات غامضة أو أخطاء مادية أو يحمل خطأ في الوصف ، ومن ثمة يمكن رفع الدعوى لتفسير ما غمض وتصحيح ما جاء فيه من خطأ.

---

1 - نبيل اسماعيل عمر ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص 237.

2 - نبيل اسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 20.

- أبو الوفا ، إجراءات التنفيذ ، ص 243.

3 - نبيل إسماعيل عمر ، إشكالات التنفيذ الجبري ، ص 22.

فينصب طلب تفسير الحكم على إعطاء التفسير الصحيح لمنطوق الحكم على ضوء الواقع والقانون ويرد تصحيح الحكم على ما ماجاء به من أخطاء مادية دون المساس بموضوع القضاء الوارد بهذا الحكم[1].

وهذا ما تؤكد عليه المادة 287 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها ما يلي:

"يقصد بالخطأ المادي عرض غير صحيح لواقعة مادية أو تجاهل وجودها غير أن تصحيح الخطأ المادي أو الاغفال لا يؤدي إلى تعديل ما قضى به الحكم من الحقوق والالتزامات للأطراف "

أما التظلم من وصف الحكم، فهو طريف خاص للطعن في الحكم أمام جهة الاستئناف، لتصحيح خطأ قد وقعت فيه المحكمة عند وصفها الحكم، فيطلب الخصم إعطاء الوصف الصحيح للحكم بناء على ما هو ثابت به من واقع وقانون[2].

والخطأ في الوصف قد يتضمن وصف حكم ابتدائي على أنه نهائي والعكس صحيح.

وتبعا لذلك لا يجوز رفع الإشكال الوقتي بالاستناد إلى الخطأ في وصف الحكم، ذلك أن الذي يملك تعديل هذا الوصف هي جهة الطعن بالاستئناف.

غير أنه لا يوجد ما يمنع الخصم من اللجوء إلى طريق رفع التظلم إلى جهة الطعن وتقديم طلب وقف تنفيذه إلى المحكمة الإبتدائية[3].

كما أنه يجب من جهة أخرى التمييز بين إشكالات التنفيذ وحجية الشيء المقتضى به، فلا يجوز أن تتخذ المنازعة في التنفيذ، وسيلة للمساس بحجية الشيء المقضي به لأحكام قضائية، كأن يستند الخصم في إشكال التنفيذ الوقتي إلى التجريح في الحكم، لأن في ذلك مساس بحجيته، لأن التجريح في الأحكام القضائية لا يكون إلا عن طريق الطعن فيها بواحدة من طرق الطعن المقررة قانونا.

1 - نبيل إسماعيل عمر، نفس المرجع، ص 22

2 - نبيل إسماعيل عمر، اشكالات، ص 23.

- نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في التنفيذ الجبري، دار الجامعية للنشر، الإسكندرية، ط 2001، ص 188.

3 - نبيل إسماعيل عمر، إشكالات التنفيذ الجبري،، المرجع السابق ص 27.

في حين منازعات التنفيذ ، ترمي إلى منع التنفيذ استنادا إلى ما شاب إجراءات التنفيذ من عيوب.

إن الأمر الذي يصدر في الإشكال لا يجب أن يمس بحجية الحكم المراد تنفيذه ، ولا الوصف الذي سبغه عليه القاضي ، ولا القضاء الوارد به.

وعندما يفصل القاضي في الإشكال فيبني حكمه على أساس ما يستخلصه من توافر الشروط القانونية الواجب توافرها لإجراء التنفيذ[1].

ويجب أن يبني الإشكال على مسائل تالية على الحكم المراد تنفيذه ، ولا يبني على وقائع سابقة على صدوره لأنها تكون قد اندرجت ضمن الدفوع في الدعوى ، ولا يحق للخصم التحدي بها على خصمه[2].

لكن الغير الذي يعتبر الحكم المنفذ به حجة عليه ، يستطيع أن يستند إلى وقائع سابقة على صدوره ليبني إشكاله في التنفيذ ، دون أن يدفع ضده بحجية هذا الحكم[3].

كذلك يمكن أن يبنى الإشكال على وقائع سابقة على صدور الحكم المراد تنفيذه إذا كان هذا الحكم في حكم العدم. لأن هذا الأخير ليست له أية حجية. ويكون معدوما إذا صدر من شخص ليست له ولاية القضاء ، أو صدر بالمخالفة لقواعد الاختصاص الوظيفي[4].

وهكذا يتبين لنا مدى ذاتية الإشكال الوقتي المستقلة عن باقي هذه النظم ، فلا يجب الخلط بينه وبينها.

والآن نتطرق إلى تحديد أشخاص الإشكال الوقتي وذلك على الوجه التالي:

---

1 - أمينة مصطفى النمر ، المرجع السابق ، ص 286.

2 - أبو الوفا ، إجراءات التنفيذ ، ص 243.

- محمد علي راتب ، المرجع السابق ، ص 943.

3 - نبيل إسماعيل عمر ، إشكالات التنفيذ ، ص27

4 - نبيل إسماعيل عمر ، نفس المرجع ، ص 27.

ثالثا: الخصوم في الإشكال الوقتي

إشكالات التنفيذ - كما سبقت الإشارة إلى ذلك – ليست إلا منازعات قانونية، تقوم على نزاع قضائي، تطرح من خلالها دعوى قضائية. ومن ثمة يطرح التساؤل التالي: فمن هم أطراف هذه الدعوى؟

نقول- إجابة عن هذا السؤال – أن الخصوم في دعوى الإشكال هم المطلوب تنفيذ ضده، وطالب التنفيذ والغير.

ويشترط في خصوم الإشكال الوقتي، نفس الشروط التي يجب توافرها في الخصم، ولكي يعد الشخص خصما، يجب أن يتمسك أمام القضاء بادعاء في مواجهة شخص آخر[1]، ونتناول خصوم الإشكال فيما يلي:

1 - الإشكال المرفوع من المنفذ ضده

المنفذ ضده، يكون دائما في مركز المدين، وبالتالي يحق له أن يرفع إشكالا في التنفيذ، يطلب فيه وقف التنفيذ، ويستند المنفذ ضده في طلب الوقف إلى أسباب قد تتعلق بالإجراءات، كان يطلب وقف التنفيذ، استنادا إلى أن التنفيذ قد بدأ دون إعلانه بالسند التنفيذي، أو أن الحكم ابتدائي غير نهائي, لأنه لم تنقض عليه مواعيد الطعن العادية.

وقد يتعلق بالموضوع، كان يطلب وقف التنفيذ، لأن الدين المطالب به غير محقق الوجود أو غير حال الأداء أو غير معين المقدار، أو أن الحق قد انقضى بسبب من أسباب الانقضاء كالوفاء والتقادم، وكان يدعي أن المال المراد التنفيذ عليه ليس مملوكا للمدين، وانما هو مملوك لغيره.

غير أنه قد أثير سؤال حول ما إذا كان يجوز أن يرفع المنفذ ضده إشكالا في التنفيذ، يستند فيه إلى أن الشيء المراد التنفيذ عليه، هو مملوك لغيره.

---

1 - وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، دار الفكر العربي، ط 78، ص 226.

وقد اختلف الرأي حول هذه المسألة[1]، فذهب البعض إلى القول بعدم قبوله، استنادا إلى أن المدين ليست له أية مصلحة في ذلك، في حين ذهب البعض الآخر إلى القول بقبوله، إذا كان للمدين مصلحة محققة، كما لوكان المنقول المطلوب الحجز عليه، قد بيع من المدين إلى الغير بعقد ثابت التاريخ، قبل الحجز ولم يتم تسليمه لسبب من الأسباب.

في حين يرى البعض بقبول الإشكال المرفوع من المنفذ ضده، إذا كان الشيء المراد التنفيذ عليه مملوكا للغير ذلك في جميع الحالات، متى كانت المنقولات المراد الحجز عليها مملوكة للغير، ووجدت في حيازة المدين بسبب عقد من عقود الأمانة[2].

وتبعا لذلك فإن أغلب إشكالات التنفيذ ترفع من المدين المحكوم عليه، وهي الصورة الشائعة في الحياة العملية.

والآن نتطرق إلى الإشكالات التي ترفع من طالب التنفيذ فيما يلي:

2- الإشكال المرفوع من طالب التنفيذ

يمكن لطالب التنفيذ أن يرفع إشكالا في التنفيذ أمام قاضي الأمور المستعجلة للمطالبة بالاستمرار في التنفيذ، إذا توقف لسبب من الأسباب، كأن يمتنع المدين عن التنفيذ، ويرى المحضر القضائي أن هذا الامتناع له ما يبرره فيتوقف عن التنفيذ[3].

غير أنه يجب التأكيد، على أن المحضر القضائي لا يجوز له أن يتوقف عن التنفيذ، مادام قدم له الدائن سندا تنفيذيا، فيجب عليه أن يقوم بالتنفيذ وأن يستمر فيه، ولا يتوقف عنه، إلا إذا أبدى المدين اعتراضا على التنفيذ، فيرفع هذا الاعتراض بتحرير محضر بالإشكال العارض ويحيل الأطراف على قاضي الأمور المستعجلة ليفصل في هذه المسألة القانونية.

1- انظر تفصيل ذلك، محمد علي راتب، المرجع السابق، ص 889.

2- محمد علي راتب، المرجع السابق، ص889.

3- محمد علي راتب، المرجع السابق، ص889.

وإذا توقف المحضر عن إجراءات التنفيذ دون أن يقوم بتحرير محضر بالإشكال العارض، فيحق لطالب التنفيذ أن يرفع الإشكال في صورة دعوى يطلب فيها الأمر بالاستمرار في التنفيذ.

وبناء على كل ما تقدم، فإن الإشكال الوقتي، قد يرفع من المنفذ ضده وهي الصورة الشائعة في الحياة العملية، وقد يرفع من طالب التنفيذ، إذا توقف التنفيذ لأي سبب من الأسباب، ولا يجوز أن يرفع على المحضر القضائي أو يرفع منه، لأنه ليس له أية مصلحة أو صفة، والصورة الشائعة في الميدان العملي غير صحيحة، حيث يرفع فيها الإشكال على المحضر القضائي، أو يرفع منه شخصيا، وقد كرس المشرع هذه الصورة الخاطئة في المادة 2/632 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها ما يلي:

"في حالة رفض المحضر القضائي تحرير محضر عن الاشكال الذي يثيره أحد الأطراف، يجوز لأحدهم تقديم طلب وقف التنفيذ إلى رئيس المحكمة عن طريق دعوى استعجالية من ساعة إلى ساعة ويكلف المحضر القضائي وباقي الأطراف بالحضور أمام الرئيس"

والسؤال المطروح ما هي مصلحة المحضر القضائي في وقف أو استمرار في التنفيذ ؟

مما لا شك فيه ليس له أي مصلحة في ذلك فهو ضابط عمومي، يقوم بإجراءات التنفيذ بناء على طلب أحد الخصوم، مقابل حصوله على أتعاب محددة قانونا، ولن يصيب بأية خسارة أو فائدة في حالة وقف التنفيذ أو الاستمرار فيه ودوره لا يختلف عن دور القاضي أو دور أمين ضبط المحكمة.

والمحضر القضائي باعتباره ضابطا عموميا يخضع من الناحية الإدارية – إذا أخل بالتزامه – إلى رقابة الإدارة فيمكن مساؤلته إداريا، ومن ثم فهو لا يعد طرفا في دعوى الاشكال الوقتي، وإذا رفعت عليه الدعوى أو منه، فيجب القضاء بعدم قبولها لانتفاء الصفة فيه.

وإلى جانب طرفي النزاع اللذين سبقت الإشارة إليهما يوجد طرف آخر هو الغير وهو ما نراه فيما يلي:

3- الإشكال المرفوع من الغير

الإشكال الوقتي ، يمكن أن يرفع من الغير[1] ، سواء أثناء مباشرة إجراءات التنفيذ ، بطريق إبدائه أمام المحضر القضائي ، أو إبدائه – وقبل الشروع في التنفيذ- عن طريق عريضة افتتاح الخصومة ، وذلك إذا تبين للغير أن طالب التنفيذ ، يرغب في التنفيذ على أمواله الخاصة ، انطلاقا من القاعدة التي تقضي على أن يجري التنفيذ على أموال المدين ، ولا يتعدى إلى أموال الغير.

وتبعا لذلك ، يثور التساؤل حول تحديد فكرة الغير ؟

والإجابة عن هذا التساؤل ، هي أنه يعد كل شخص من الغير الذي لم يتلق المال المراد التنفيذ عليه من المدين ، ومن ثمة لا يجوز أن يحكم بوقف التنفيذ ، إلا إذا كان المال المراد التنفيذ عليه مملوكا للمستشكل الذي هو من فئة الغير.

أما إذا كان ليس من فئة الغير ، كان يكون خلف المدين ،هنا تتم إجراءات التنفيذ في مواجهته لأن حجية الحكم لا تنسحب على الخصوم أنفسهم فحسب ، بل تتعداها إلى خلف الخصم.

وينقسم الخلف إلى خلف عام وخاص ، والخلف العام هم ورثته والموصى لهم بحصة من مجموع التركة. فتسري الأحكام الصادرة ضد السلف على الخلف العام ويستفيدون من الأحكام الصادرة له.

أما الخلف الخاص كالمشتري بالنسبة للبائع ، فيعتبر الخلف ممثلا في الدعوى السابقة في شخص البائع ، إذا كان المال موضوع النزاع ، قد انتقل إليه بعد صدور الحكم في تلك الدعوى.

وقد ثار خلاف حول تحديد لحظة انتقال أثر الحكم إلى الخلف الخاص ، فهل ينتقل من وقت رفع الدعوى أم من وقت صدور الحكم ؟

1- محمد علي راتب ، المرجع السابق ، ص 890.
-فتحي والي ، التنفيذ الجبري ، ص 608.

و للأجابة على هذا السـؤال يجب ان نفرق بين أنتقال الملكية في العقار، فهي لا تنتقل الا بالشهر بالمحافظة العقارية، و من ثم إذا تصرف السلف في العقار بعد رفع الدعوى أو بعد صدور الحكم، انتقلت الملكية إلى الخلف الخاص بالشهر، و يبقى أمام المحكوم له إلا الرجوع على المدين بالتعويض بمقابل[1] ، و عند التنفيذ إذا وجده معسرا أن يرجع على المدين و خلفه الخاص بدعوى عدم نفاذ التصرف في حقه.

و بين أنتقال الملكية في المنقول، حيث ذهب البعض إلى القول أن أثر الحكم يمتد إلى الخلف الخاص بشرط صدوره قبل أنتقال المال إلى المشتري ، فإذا أنتقل المال إلى المشتري قبل صدور الحكم، فلا يمتد أثره إلى الخلف الخاص[2].

وتبعا لذلك ، إذا تصرف السلف في المال بعد صدور الحكم ، فينفذ على من انتقلت إليه حيازة المنقول.

---

1 - القرار الصادر بتاريخ 2013/12/12 رقم 862491 عن المحكمة العليا، الغرفة العقارية، القسم الخامس، غير منشور، جاء فيه ما يلي : =

" حيث أن الطاعن يعيب على القرار المطعون فيه بدعوى أن قضاة الموضوع عندما انتهوا إلى القول أن الطاعن لا يحق له رفع دعوى ابطال عقد لم يكن طرفا فيه، و أن مجرد الإعتراض أمام الموثق لا يعد من قبيل الإجراءات التحفظية، و أن الطاعن لا يتمتع إلا بحق شخصي، و أن القرار المطعون فيه جاء مناقضا عن الأمر الصادر عن القسم الإستعجالي بمحكمة حسين داي، مما يعد ذلك قصورا في الأسباب وتحريفا لمضمون وثيقة معتمدة و تناقضا بين الأحكام و القرارات، يعرض القرار المطعون فيه للنقض.

و حيث أن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في غير محله، ذلك أن النتيجة التي انتهى إليها قضاة المجلس برفض دعوى إبطال العقد كانت صحيحة غير أن الأسباب التي اعتمدوا عليها كانت خاطئة ليس على أساس أن الطاعن ليس طرفا في العقد المراد أبطاله، و انما ليس بمالك للعقار المتنازع عليه، فلم تنتقل إليه الملكية، لأن الأحكام القضائية التي بحوزته لم تشهر بالمحافظة العقارية، و بالتالي تبقى المطعون عليها الأولى مالكة للعقار المتنازع عليه، ومن حقها التصرف فيه للغير، ولا يجوز منعها من ذلك.

و بما أن تلك الأحكام النهائية التي بحوزة الطاعن، هي بمثابة عقود رسمية، و من ثمة تأخذ حكم العقد الرسمي غير المشهر و تبعا لذلك يترتب عليه أثر و هو انشاء إلتزامات شخصية،تخول الدائن (الطاعن) مطالبة المدين (المطعون عليها) تنفيذ التزاماتها عينا، بنقل ملكية العقار إلى الطاعن ، و بما أن تنفيذ الإلتزام عينا أصبح مستحيلا بانتقال ملكية العقار إلى الغير، و بالتالي فلا يبقى أمام الطاعن سوى مطالبة المطعون عليها بالتعويض عن قيمة العقار إستنادا إلى القاعدة المنصوص عليها بالمادة 182 من القانون المدني و التي تنص على أن يكون التعويض على مالحق الطاعن من خسارة و مافاته من كسب، أي بعوض قيمة العقار التي يساويها وقت رفع الدعوى "

2 - إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 579.

في حين ذهب البعض الآخر إلى القول أن أثر الحكم يمتد إلى الخلف الخاص من تاريخ رفع الدعوى، و ليس من تاريخ صدور الحكم[1]، و هو الرأي الذي نعتقد أنه الرأي الصحيح،لأن أثر الحكم يبدأ من تاريخ رفع الدعوى، فمن حق الخصم أن يحكم له في دعواه في نفس اليوم الذي يرفع فيه دعواه . و أن التأخير في الفصل فيها لا يجب أن يؤثر على مصالحه،و بالتالي يمكن للدائن أن ينفذ بموجب الحكم الصادر على الخلف الخاص المحكوم عليه، على اعتبار حيازة المنقول انتقلت إلى الخلف الخاص، و هو محمل بعبء معين . و خضوعه للتنفيذ المباشر بالتسليم[2]. والقول بغير ذلك سيؤدي إلى أن يصبح الحكم الصادر ضد المدين بالتسليم بدون أثر لمجرد قيام هذا الأخير بنقل حيازة المنقول إلى هذا الشخص[3].

ومن الأمثلة على ذلك أن يرفع (أ) دعوى على (ب) . يطالب بتسليم السيارة، تنفيذا للعقد المبرم بين الطرفين، وقبل صدور الحكم يقوم (ب) بالتصرف فيها و تنتقل حيازتها إلى (ج) . وبعد ذلك، انتهت الدعوى إلى صدور الحكم القاضي بإلزام (ب) بتسليم السيارة إلى (أ).و بما أن (ج) هوخلف خاص ل (ب) .فيحق ل(أ) أن ينفذ هذا الحكم على (ج) باعتباره خلفا خاصا للبائع حيث تمتد إليه حجية الحكم.

وتبعا لذلك يجب التفرقة بين ما إذا كان المستشكل من الغير أم هو خلف المدين سواء كان خلفا عاما أو خاصا فينفذ الحكم الصادر في مواجهته ،لأن حجية الأحكام تمتد إلى خلف الخصم . أما إذا كان من الغير . فلا يمتد أثر الحكم إليه . ويجب على قاض الأمور المستعجلة أن يأمر بوقف التنفيذ.

ومن الأمثلة على ذلك . أن يقع نزاع بين (أ) و (ب) حول وجود علاقة ايجار بينهما . فيصدر حكم من القضاء يقرر وجود هذه العلاقة ويقضي بإلزام (ب) بتسليم العين المؤجرة إلى (أ) . وبعد صدور الحكم يقوم (ب) بتأجير هذه العين إلى (ج).

---

1 - محمد علي راتب، المرجع السابق، ص 891.

2 - فتحي والي،التنفيذ الجبري، المرجع السابق ، ص 186.

3 - يمكن للخلف الخاص،لكي يتفادى التنفيذ عليه، أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول لسند الملكية ..... أنظر في ذلك، فتحي والي، نفس المرجع، ص 189.

وعندما شرع (أ) في إجراءات التنفيذ وجد في العين (ج) فرفع هذا الأخير إشكالا في التنفيذ، طالبا الأمر بوقف اجراءات التنفيذ ضده باعتباره مستأجرا من (ب). وبالتالي فهو ليس طرفا في الحكم المراد تنفيذه.

وتبعا لذلك يجب البحث عن مركز (ج) فهل يعد خلفا خاصا ل (ب) أم أنه من الغير؟

إجابة على هذا السؤال، نقول: أن (ج) لا يعد من الغير بل هو خلف خاص ل (ب) ومن ثم فإن حجيه الحكم تمتد إلى خلفه الخاص، وبالتالي ينفذ الحكم ضد كل من (ب) و (ج).

غير أن السؤال يبقى مطروحا حول طبيعة منازعة الأشكال الوقتي، فهو يعد عقبة مؤقتة، في حالة الأستجابة، يترتب عليه وقف التنفيذ إلى غاية الفصل في الأشكال الموضوعي، ومن ثم يبقى السؤال مطروحا أيضا حول من يقع عليه عبء رفع الدعوى بالأشكال، وما هو الأثر المترتب على عدم رفع الأشكال الموضوعي على، الامر الصادر بوقت اجراءات التنفيذ، و هى المسألة التي أتطرق إليها، كما يلي:

رابعا : من يرفع الإشكال الموضوعي و متى؟

أن الإشكال الوقتي، يشكل منازعة قانونية، تطرح على قاضي الامور المستعجلة التي يفصل فيها، بعد الاستماع إلى الخصوم، بموجب أمر قضائي.

والإشكال الوقتي يتأسس دائما على وجود الإشكال الموضوعي. كأن يرفع المستشكل إشكالا وقتيا يطلب فيه وقف التنفيذ. إستنادا إلى أن الحكم المراد تنفيذه منعدم، فإن القاضي الذي ينظر في هذا الاشكال ويبت فيه -من خلال ما تبين له من ظاهر المستندات- بوقف التنفيذ إذا ثبت لديه جدية المنازعات. ولا يحكم بتقرير انعدام الحكم. لأن ذلك يعد إشكالا موضوعيا، يختص به قاضي الموضوع فهو الذي يفصل فيه.

ومن كل ذلك يتضح أن الإشكال له وجهان، وجه وقتي يختص به قاضي الأمور المستعجلة. وهو يفصل فيه إما بوقف التنفيذ أو الإستمرار فيه، و وجه موضوعي يختص به قاضي الموضوع، وهو يفصل فيه بحكم يحسم به موضوع النزاع.

والمستشكل يطلب - سواءا كان محكوما عليه أو غيرا – وقف التنفيذ لأعطاء له فرصة ليرفع الإشكال الموضوعي . لكن القا نون السابق لم يحدد المهلة التي يجب على المستشكل أن يرفع فيها الدعوى بالإشكال الموضوعي.

فإذا حصل المحكوم عليه على الحكم بوقف التنفيذ . فليس هناك ما يلزمه على رفع الدعوى في الإشكال الموضوعي . لأن مصلحته أن يتوقف التنفيذ.

في حين أن المحكوم له ليس له مصلحة أيضا أن يرفع الدعوى بالإشكال الموضوعي الذي يتمسك به المحكوم عليه.

ومن ثم لا يوجد نص قانوني يلزم المحكوم عليه أو الغير أن يرفع الإشكال الموضوعي . ذلك أن الإستمرار في التنفيذ من عدمه ، يتوقف على صدور الحكم في الإشكال الموضوعي.

وتبعا لذلك توجد حالة فراغ في التشريع القديم غير أن المشرع قد تدخل في التشريع الجديد لسد هذا الفراغ فقد نص في المادة 634 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي:

"في حالة قبول دعوى الإشكال أو طلب وقف التنفيذ . يأمر الرئيس بوقف التنفيذ لمدة محددة لا تتجاوز ستة (6) أشهر إبتداءا من تاريخ رفع الدعوى".

هذا النص غامض . ولا يستقيم تطبيقه مع الناحية العملية ، كان على المشرع أن ينص على تحديد المدة التي يجب فيها أن يرفع الإشكال الموضوعي, وإلا سقط حق المستشكل في الأمر الصادر بوقف التنفيذ ، لكن نجده قد نص على وقف التنفيذ لمدة ستة أشهر ثم تستأنف إجراءات التنفيذ كما فهم ذلك جمهور القضاة فهذا لا يستقيم مع فكرة الإشكال الموضوعي.

وفي الحقيقة ، أن هذا النص قد قضى بأنه وفي حالة قبول طلب وقف التنفيذ يأمر القاضي بوقف التنفيذ لمدة محددة لا تتجاوز مدة ستة أشهر ، ومن ثم يبقى السؤال مطروحا هل هذه المدة مقررة لرفع الإشكال الموضوعي . أم هي مقررة لوقف التنفيذ إلى غاية الفصل في الإشكال الموضوعي بحكم نهائي ؟

فإذا ذهبنا إلى الفرضية الأولى وهو أن يقوم المستشكل الذي صدر الأمر بوقف التنفيذ برفع دعوى الإشكال الموضوعي خلال مدة 6 أشهر من تاريخ رفع دعوى الإشكال الوقتي . هذا حكم يساير منطق الأشياء، غير أنها تعد مدة طويلة نسبيا، كان الأفضل أن ينص على وجوب رفع دعوى بالإشكال الموضوعي خلال مدة شهرين من تاريخ صدور الأمر تحت طائلة السقوط.

أما إذا ذهبنا إلى الفرضية الثانية وهي تعني أن يرفع من يهمه التعجيل دعوى الإشكال الموضوعي ويجب الفصل فيها خلال مدة 6 أشهر من تاريخ رفع دعوى الإشكال الوقتي ، فهذا حكم لا يساير منطق الأمور.

ذلك أنه في حالة صدور أمر بوقف إجراءات التنفيذ . فيجب على من يهمه التعجيل أن يرفع الدعوى بالإشكال الموضوعي وهذا الأخير ليس إلا دعوى موضوعية تخضع للأحكام العامة التي تخضع لها سائر الدعاوى الأخرى . ومن الأمثلة على ذلك أن يصدر حكم يقضي يالزام (ب) بسداد مبلغ خمسمائة ألف دينار لفائدة (أ). ويبلغ هذا الحكم إلى المدين و يصبح نهائيا . وبعد صدور هذا الحكم يقوم (ب) باصدار شيك لفائدة (أ) بقيمة الدين . وبعد مدة يشرع (أ) في إجراءات التنفيذ . فيقوم (ب) برفع الإشكال الوقتي يطلب فيه وقف التنفيذ على أساس أنه قام بالوفاء بقيمة الدين بواسطة شيك . في حين يدفع (أ) بأن الشيك الذي يتمسك به المستشكل يخص دينا آخر . ولا يتعلق بالدين الثابت في السند التنفيذي . وبما أن شيك أداة وفاء وليس له سبب . فيصدر الأمر بوقف التنفيذ . فيجب على من يهمه التعجيل أن يرفع الدعوى بالإشكال الموضوعي وأن الفصل فيه ما إذا كان المدين قد وفى بالدين الثابت بالسند التنفيذي بواسطة الشيك أم لا يستغرق وقتا طويلا . من صدور حكم في الدعوى و صيرورته نهائيا أمر يستغرق سنتين أو أكثر.

وهكذا قد فهم البعض أنه يجب على المحكوم عليه أن يرفع دعوى الإشكال الموضوعي . وسواء فصل فيه أم لم يفصل فيه فبعد انقضاء هذه المدة يجب أن تستأنف إجراءات التنفيذ وهكذا يتم تنفيذ على المدين سواء صدر شيك الوفاء بالدين الثابت في السند التنفيذي أم وفاء لدين أخر وبالتالي وبطريقة غير مباشر ، يكون المشرع الجزائري قد ألغى اشكالات التنفيذ الموضوعية ، مما يؤدي إلى إهدار حقوق الأشخاص . وتبعا

لذلك يمكن أن ينفذ على مال الغير الذي ليس له أية علاقة بالمديونية القائمة بين الأطراف. لأن المدة المذكورة اعلاه غير كافية للفصل في الإشكال الموضوعي.

إذن الخصوم في اشكالات التنفيذ هم المحكوم له . وهو الذي يرفع الإشكال الوقتي يطلب فيه باستمرار التنفيذ إذا توقف هذا الأخير لأي سبب من الأسباب الوقف والمحكوم عليه والغير . وهما اللذان يرفعان الإشكال الوقتي يطلبان فيه وقف التنفيذ . في حين أن المحضر القضائي ليس طرفا في الإشكال الوقتي.

وبعد أن تطرقنا إلى تحديد أشخاص الإشكال الوقتي . تعين علينا الإنتقال إلى تحديد الوقت الذي يولد فيه الحق في رفع الإشكال الوقتي . وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

خامسا: الوقت الذي ينشأ فيه الحق في الإشكال الوقتي

تهدف إشكالات التنفيذ – باعتبارها منازعات استعجاليه – إلى درء الخطر جراء الإقدام على التنفيذ على أموال المدين . أو ما يلحق من خطر تأخير التنفيذ على مصالح الدائن.

فإذا استمرت إجراءات التنفيذ ووصلت إلى غايتها . وذلك بتمام التنفيذ . فيكون بذلك الخطر قد وقع . ولا يبقى أمام المستشكل سوى رفع الإشكال الموضوعي . يطلب فيه الحكم ببطلان إجراءات التنفيذ.

وإذا كانت آخر اللحظة التي يجب أن يرفع فيها الإشكال واضحة . وهي أن يرفع قبل تمامه . فإذا رفع بعد تمامه . وجب القضاء بعدم قبوله.

غير أن اللحظة التي يولد فيها الحق في رفع الإشكال ليست واضحة . كما هو عليه الشأن بالنسبة لأخر اللحظة التي ينقضي فيها الحق في رفع الإشكال.

ولتحديد الوقت الذي يرفع فيه الإشكال . يجب الرجوع إلى طبيعة هذا الأخير . كونه إجراء مستعجلا يختص به قاضي الأمور المستعجلة . وبالتالي كلما بدأ خطر يهدد حقوق طالب التنفيذ . أو المنفذ ضده أو الغير حق له أن يلجأ إلى قاضي الأمور المستعجلة للمطالبة بدرء الخطر المحدق بمصالحه.

وتبعا لذلك ، فإن الحق في الإشكال يمكن تحديده بالوقت الذي يحصل فيه الدائن على السند التنفيذي الذي يمكنه من مباشرة إجراءات التنفيذ الجبري ، ومن هذه اللحظة التي يحوز فيها الدائن على السند التنفيذي ، يجوز للمحكوم له أو الغير رفع الإشكال الوقتي ، سواء تم الشروع في إجراءات التنفيذ ، أو قبل الشروع فيها[1].

فيشكل هذا السند الذي يوجد بين يدي الدائن خطرا يهدد المدين في أمواله ، فيلجأ هذا الأخير عن طريق رفعه الإشكال الوقتي أمام قاضي الأمور المستعجلة ، لأجل الحصول على الحماية الوقتية التي تقوم على أساس درء الخطر المحدق بمصالحه وقبل وقوعه.

ومن ثم يشكل توافر السند التنفيذي بين يدي الدائن حالة خطر لأن هذا الأخير يحق له أن يباشر إجراءات التنفيذ الجبري في أية ساعة يريد ، وبذلك يحق للمحكوم عليه أو الغير أن يلجأ إلى قاضي الأمور المستعجلة أن يطلب وقف هذا الخطر قبل وقوعه.

ويقوم قاضي الأمور المستعجلة على درء الخطر قبل وقوعه . وحينئذ تكون الدعوى المستعجلة ، سواء كانت ترمي إلى اتخاذ تدبير مؤقت كوقف اعمال البناء ، أو كانت ترمي إلى وقف التنفيذ ، هي عبارة عن دعوى وقائية ترمي إلى الحيلولة دون وقوع الخطر.

وتبعا لذلك يحق للمستشكل أن يرفع الإشكال الوقتي من اللحظة التي يوجد فيها السند التنفيذي بيد الدائن ، سواء شرع في إجراءات التنفيذ أم لم يشرع فيها ، وبعد أن انتهينا من تحديد الوقت الذي يرفع فيه الإشكال الوقتي ، وأنتقل إلى تحديد الوسيلة الفنية التي يرفع بها الإشكال الوقتي أمام القضاء ، وتلك هي المسألة التي تطرق إليها فيما يلي:

سادسا : الوسيلة التي يرفع بها الإشكال الوقتي أمام القضاء

تطرح إشكالات التنفيذ الوقتية نزاعا قضائيا ، ويرفع بالوسيلة التي ترفع بها أية دعوى قضائية ، أمام القضاء.

1 - نبيل إسماعيل عمر ، إشكالات التنفيذ ، المرجع السابق ، ص 42.

ومن ثم ، تخضع دعوى الإشكال الوقتي إلى نفس القواعد التي تخضع لها الدعوى التي ترفع أمام قاضي الموضوع ، ويرفع الإشكال الوقتي بإحدى الوسيلتين ، وهما:

1 - يرفع الإشكال الوقتي بعريضة مكتوبة

يرفع الإشكال الوقتي – طبقا لأحكام القواعد العامة – بعريضة افتتاح الخصومة تودع بأمانة ضبط المحكمة ، فهي تخضع لأحكام المادتين 14 و 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ويتم تكليف الخصم بالحضور طبقا لمقتضيات المادة 301 من نفس القانون ، وذلك كما بيننا فيما سبق ، أنه بمجرد ما يصبح بيد الدائن السند التنفيذي يجوز للمحكوم عليه أو الغير أن يرفع الإشكال الوقتي أمام قاضي الأمور المستعجلة.

غير أنه وكما يوحي به نص المادة 2/632 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، أنه لا يجوز رفع دعوى الإشكال الوقتي طبقا لأحكام القواعد العامة إلا إذا رفض المحضر القضائي تحرير محضر عن الإشكال الذي يثيره أحد الأطراف.

والسؤال المطروح هو أنه وقبل مباشرة إجراءات التنفيذ وأراد المحكوم عليه أن يرفع دعوى الإشكال الوقتي أمام قاضي الأمور المستعجلة فهل يقبل دعواه أم أنه يجب انتظار مباشرة إجراءات التنفيذ من قبل المحضر القضائي وأن يرفض هذا الأخير تحرير محضر بالإشكال الذي يثيره أحد الأطراف ؟

إن الإجابة على ذلك نقول: أنه يحق للمحكوم عليه أن يرفع دعوى الإشكال الوقتي أمام قاضي الأمور المستعجلة بمجرد أن يصبح بين يدي الدائن السند التنفيذي الذي يقبل التنفيذ الجبري ولا يتوقف قبول الإشكال الوقتي على رفض المحضر القضائي تحرير محضر بالإشكال ، بل تقبل الدعوى بمجرد ما يصبح بيد الدائن السند التنفيذي حائزا على القوة التنفيذية.

2 - يرفع الإشكال الوقتي بمعرفة المحضر القضائي

تنص المادة 631 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي:" في حالة وجود إشكال في تنفيذ أحد السندات التنفيذية المنصوص عليها في هذا القانون، يحرر المحضر القضائي محضرا عن الإشكال، ويدعو الخصوم لعرض الإشكال على رئيس المحكمة ....."

يرفع الإشكال –بناء على هذا النص –عن طريق المحضر القضائي، ويلجأ إلى هذه الوسيلة، وذلك عندما يحصل الإشكال الوقتي أثناء مباشرة إجراءات التنفيذ.

وتبعا لذلك وعندما يشرع في إجراءات التنفيذ، فيحق لكل من المنفذ ضده أو الغير أن يثير الإشكال الوقتي أمام المحضر القضائي، فيثبت هذا الإشكال في المحضر الذي يقوم بتحريره وبواسطة هذا المحضر ترفع دعوى الإشكال أمام رئيس المحكمة التي يجب أن يفصل فيها من ساعة إلى ساعة، أما أن يفصل بوقف التنفيذ أو برفض الدعوى و الأمر باستمرار التنفيذ

فيجب على المحضر القضائي –عندما يستشكل أمامه سواء كان ذلك بناء على طلب المنفذ ضده أو الغير أو طلب طالب التنفيذ -. أن يقوم برفع الإشكال الوقتي بإثباته في المحضر.

وقد يرفض المحضر القضائي تحرير المحضر فهنا يلجأ المستشكل إلى رفع دعوى استعجالية بالإشكال الوقتي من ساعة إلى ساعة.

ويقوم المحضر المثبت للإشكال المحرر من قبل المحضر القضائي مقام العريضة الإفتتاحية للخصومة ويسجل بأمانة ضبط المحكمة.

ويتبين مما تقدم، فإن الإشكال الوقتي يرفع أمام قاضي الأمور المستعجلة بواسطة عريضة افتتاح الخصومة أو يرفع أمام المحضر القضائي الذي يثبته في المحضر، مع تقديم الخصوم إلى رئيس المحكمة الفاصل في المواد المستعجلة ليفصل فيه من ساعة إلى أخرى.

وليس كما ذهبت بعض أحكام المحاكم التي لا تقبل دعوى الإشكال الوقتي، إلا إذا رفع أمام المحضر القضائي، أما إذا رفع بعريضة افتتاح الخصومة فتصرح ببطلان هذا الإجراء

على أساس مخالفته للقانون [1] . وهو فهم خاطئ للقانون . هذا الأخير لم ينص على أن يرفع الإشكال بهذه الوسيلة دون سواها هذا بعد أن تطرقت إلى كيفية رفع الإشكال الوقتي أمام القضاء . وأنتقل إلى دراسة الآثار المترتبة على رفع الإشكال الوقتي وذلك على الوجه التالي:

سابعا : يترتب على رفع الإشكال الوقتي وقف التنفيذ

فإذا ما أصبح بيد الدائن السند التنفيذي أصبح واجب التنفيذ . ولا يترتب – طبقا للقاعدة العامة – على رفع الإشكال الوقتي وقف التنفيذ مالم يصدر أمر من القضاء يقضي بوقف التنفيذ أو مالم ينص القانون على خلاف ذلك.

وكان قانون الإجراءات المدنية السابق . خاليا من أي نص يترتب على رفع الإشكال الوقتي وقف إجراءات التنفيذ . غير أن القانون الجديد قد تدارك هذا النقص . وقد نص في المادة 3/632 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على مايلي:

"توقف إجراءات التنفيذ إلى غاية الفصل في الإشكال أو في طلب وقف التنفيذ من طرف رئيس المحكمة "

فيترتب على رفع الإشكال الوقتي . سواء رفع بواسطة عريضة افتتاح الخصومة أو عن طريق اثارته أمام المحضر القضائي وتحرير عنه محضر تتوقف جميع إجراءات التنفيذ الجبري ولا تستأنف إلا بعد الفصل في الإشكال الوقتي.

---

1 - انظر القرار الصادر بتاريخ 2005/06/22 رقم 358470 منشور بمجلة المحكمة العليا عدد 1 سنة 2005 . ص 95 إذا جاء فيها مايلي:

"حيث ينعى الطاعن على القرار المطعون فيه . بدعوى أنه لا يمكن قبول دعوى الاشكال في التنفيذ مالم ترفع بواسطة محضر اشكال يحرره المحضر القضائي . وقبول دعوى الاشكال دون أن تستند إلى محضر الاشكال . يعد ذلك مخالفة للاشكال الجوهرية يعرض القرار المطعون فيه للنقض.

لكن ما تعيبه الطاعنة على القرار المطعون فيه ليس في محله . ذلك أن رفع الاشكال في التنفيذ . قد يرفع طبقا للاجراءات التي ترفع بها الدعوى . أي يرفع بواسطة عريضة افتتاح الخصومة . وقد يرفع بواسطة محضر يحرره المحضر القضائي . ومن ثمة لا يوجد أي خرق للاشكال الجوهرية في الاجراءات عندما تم رفع الاشكال بواسطة اجراءات رفع الدعوى . مما يتعين معه التصريح برفض هذا الوجه".

غير أن السؤال يبقى مطروحا ما إذا كان يجوز رفع الإشكال الثاني ؟ وإذا كان كذلك فهل يترتب عليه وقف إجراءات التنفيذ ؟

بالرجوع إلى أحكام المادة 635 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيث جاء فيها ما يلي:

" إذا سبق الفصل في إشكال التنفيذ أو في طلب وقف التنفيذ . فلا يجوز رفع دعوى ثانية من نفس الأطراف حول نفس الموضوع"

فيقرر هذا النص . أنه لا يجوز رفع دعوى ثانية من نفس الأطراف وحول نفس الموضوع بمعنى أن دعوى الإشكال الوقتي الثانية لا تقبل لسبق الفصل فيها إذا اتحدت مع الأولى من حيث الموضوع والأشخاص.

في حين أن القضاء بعدم قبول الدعوى لقيام الحجية تستوجب توافر ثلاثة عناصر المتمثلة في وحدة الخصوم والمحل والسبب.

والسؤال المطروح فما هو الحل . إذا رفعت دعوى الإشكال الوقتي الجديدة واتحدت مع الدعوى الأصلية من حيث الموضوع و الأشخاص واختلفت من حيث السبب . فهل تقبل ؟

الإجابة عن هذا السؤال تكون بنعم . فتقبل دعوى الإشكال الوقتي الجديدة إذا أصبحت تختلف مع الدعوى الأولى من حيث السبب ولو اتحدت مع الأولى من حيث الأطراف والموضوع . ذلك أن دعوى الإشكال الوقتي الأولى دائما تتحد مع دعوى الإشكال الوقتي الثانية من حيث الأطراف والموضوع . وأن الإختلاف يقع دائما في السبب.

و أن الحجية تحددها المادة 338 من القانون المدني . وليس المادة 635 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ومن ثم إذا رفعت دعوى الإشكال الوقتي الثانية وكانت تختلف مع دعوى الإشكال الأولى تقبل إستنادا إلى أحكام المادة 338 المشار إليها أعلاه.

إن أسباب دعوى الإشكال الوقتي تتعدد ولا يمكن حصرها في دعوى واحدة . فيمكن رفع دعوى الإشكال الوقتي يستند فيها المستشكل إلى أن السند التنفيذي لا تتوافر فيه

شروطه . فيقضي برفض هذا الطلب . فمن حقه أن يرفع دعوى الإشكال الوقتي ويطلب فيها وقف التنفيذ استنادا إلى أن الحق الموضوعي المطالب اقتضاؤه قد سقط بالتقادم فيقضي في الدعوى الثانية بوقف التنفيذ استنادا إلى اختلاف السبب.

والسؤال المطروح فهل يترتب على رفع الإشكال الوقتي الثاني وقف التنفيذ؟

في اعتقادنا أن الإشكال الثاني لا يترتب عليه وقف التنفيذ . استنادا إلى أحكام القاعدة العامة التي تقضي أن السند التنفيذي يتمتع بالقوة التنفيذية وأن هذه الأخيرة لا يمكن تعطيلها إلا بحكم قضائي أو إذا نص القانون على ذلك.

وأن القانون لم ينص على أن الإشكال الوقتي الثاني يترتب عليه وقف التنفيذ . وإنما الذي يترتب عليه وقف التنفيذ هو الإشكال الوقتي الأول.

هذا بعد أن تطرقنا إلى الآثار المترتبة على رفع الإشكال الوقتي أمام القضاء . و الآن انتقل إلى دراسة شروط قبول الإشكال الوقتي كما يلي:

ثامنا : شروط قبول الإشكال الوقتي

يشكل الإشكال الوقتي منازعة قانونية . يجب عرضها على القضاء عن طريق الدعوى لإستصدار حكم فيها . ومن ثمة تخضع هذه الدعوى لنفس الشروط التي تخضع لها أية دعوى قضائية أخرى.

ويختص قاضي الأمور المستعجلة بالدعوى التي يرفع بها الإشكال الوقتي . طبقا لما تنص عليها المادة 633 من قانون الإجراءات المدينة والإدارية . وبالتالي فهي تخضع لنفس الشروط التي تخضع لها الدعوى المستعجلة.

وتبعا لذلك . يشترط لقبول الإشكال الوقتي الشروط العامة التي يجب توافرها في الدعوى . وهي أن يتحقق فيها شرط المصلحة بأوصافها . بأن تكون المصلحة فيها قانونية وشخصية ومباشرة.

غير أن المصلحة في الدعوى المستعجلة، يشرط فيها ألا تكون قائمة وحالة، بل يجب أن تكون فيها المصلحة محتملة، باعتبارها دعوى وقائية، تهدف إلى منع وقوع الضرر محتمل، وينعكس هذا الوصف على الإشكال الوقتي.

ويشرط لقبول الإشكال الوقتي أن يرفع قبل تمامه، فإذا رفع بعد تمامه، فيقضي بعدم قبوله، ومرد ذلك، أنه إذا تم التنفيذ، فيكون الخطر قد وقع بالفعل، فلا يستطيع قاضي الأمور المستعجلة أن يتداركه، لأن الضرر قد وقع بتمام التنفيذ. فلا يبقى أمام المستشكل سوى رفع الإشكال الموضوعي أمام الجهة القضائية المختصة والتي تنظر الموضوع.

والرأي متفق حول هذا الحل، غير أن الخلاف قائم حول ما إذا رفع الإشكال الوقتي أمام القضاء - سواء تم رفعه بعريضة افتتاح الخصومة، أو رفعه مباشرة أمام المحضر القضائي- قبل تمامه، ولكن التنفيذ قد تم قبل صدور الحكم فيه، ويتفرع عن ذلك السؤال التالي:

هل الإشكال الوقتي الذي رفع قبل تمامه، لكن التنفيذ قد تم قبل صدور الحكم فيه، يكون مقبولا؟

لقد اختلف الرأي عن الاجابة عن هذا السؤال، فمنهم من ذهب إلى القول أنه يجب لقبول الإشكال الوقتي أن يرفع ويفصل فيه قبل تمامه[1].

فيشترط هذا الرأي أن يرفع الإشكال الوقتي ويفصل فيه قبل تمامه، فإذا رفع بعد تمامه وجب القضاء بعدم قبوله، وكذلك إذا رفع الإشكال قبل تمامه، لكنه قد تم التنفيذ قبل الفصل فيه، فيقضي بعدم قبوله، على أساس أن قاضي الأمور المستعجلة، لا يستطيع أن يلغي ما تم من إجراءات التنفيذ[2].

في حين ذهب رأي أخر إلى القول: بقبول هذا الإشكال، مادام تم قبل تمامه، وأن تمام التنفيذ قد وقع بعد رفع الإشكال الوقتي، وأساس ذلك يرجع إلى أن العبرة بقبول

1 - أمينة مصطفى النمر، قوانين المرافعات، المرجع السابق، ص281.
2 - أمينة مصطفى النمر، المرجع السابق، ص282.

الدعوى بتوافر شروطها وقت رفعها ، فمتى رفعت وكانت مقبولة ، تظل كذلك ، ولو زالت بعض شروطها أثناء الفصل فيها[1].

ويؤكد هذا الرأي أن الحكم الذي يصدر بوقف إجراءات التنفيذ -بالرغم من تمامه- يعتبر سندا تنفيذيا بإعادة الحال إلى ماكان عليه وقت رفع الإشكال[2].

غير أن هذا الرأي يخلط بين اثار المطالبة القضائية التي يعتد بها من تاريخ المطالبة القضائية, و بين شروط قبول الدعوى. فمن المقرر قانونا أن شروط قبول الدعوى يجب توافرها وقت رفع الدعوى ووقت الحكم فيها.

فإذا انتفت شروط قبول الدعوى وقت الحكم فيها وجب القضاء بعدم قبولها, و هذا ما تقضي به القاعدة العامة, و لا يمكن الخروج عنها الا بوجود نص خاص يقضي خلاف ذلك.

وبعد أن انتهى الفصل الثالث الذي تناولت فيه التقسيمات المختلفة للدعاوى القضائية ، أنتقل إلى دراسة العمل القضائي و الولائي ، لأن الحماية القضائية, قد تمنح بوسيلة الدعوى ، وقد تمنح بوسيلة العريضة ، وكل وسيلة تعكس عملا معينا له طبيعة خاصة به

فوسيلة الدعوى موضوعها العمل القضائي ، ووسيلة العريضة موضوعها العمل الولائي.

ولكن السؤال المطروح فماذا يقصد بالعمل القضائي والعمل الولائي ، وكيف يمكن التمييز بينهما وغيرهما من الأعمال القانونية الأخرى ؟

وتلك هي المسائل التي أتطرق إليها فيما يلي:

1. محمد علي راتب ، المرجع السابق ، ص882.
2. نبيل إسماعيل عمر ، إشكالات ، المرجع السابق ، ص 50.

الفصل الرابع
العمل القضائي والولائي

تمهيد وتقسيم

قد تعرض على القاضي عدة أعمال قانونية ، يطلب منه الفصل فيها ، منها ما يدخل في وظيفته القضائية ومنها ما يدخل في وظيفته الولائية ، ومنها ما يدخل في وظيفته الإدارية. وكل عمل يتميز بطبيعة خاصة به ويخضع لنظام قانوني يختلف عن النظام القانوني الذي يخضع له عمل آخر.

ولدقة التفرقة بين مختلف الأعمال التي يضطلع بها القاضي يثار التساؤل في كل مرة ما نوع العمل القانوني المقدم إلى القاضي ؟ لأن كل عمل يخضع إلى إجراءات خاصة به ، وتترتب حول تكييفه نتائج معينة تختلف عن الأخرى.

والقاضي يقوم بأعمال مختلفة كالتصديق على محضر الصلح ، أو ترشيد القاصر ، أو الاذن بالزواج ، أو تنظيم العمل داخل المحكمة ، مثل توزيع العمل على القضاة ، وتحديد أوقات العمل أو الفصل في المنازعات المعروضة عليه. وقد يسمح القانون بأن تتم بعض الأعمال القانونية – التي تدخل في الوظيفة القضائية- في شكل العمل الولائي ، كما هو الشأن بالنسبة لأمر الأداء ، أو أن تتم الأعمال- التي تدخل في إطار الوظيفة الولائية- في شكل العمل القضائي ، كما هو الشأن بالنسبة لبيع العقار بالمزاد العلني ، ولذلك تقتضي الضرورة أن أتطرق إلى مختلف المعايير لتمييز الأعمال القانونية عن بعضها البعض ، وإلى الشكل الذي يمارس فيه العمل الولائي ولذلك سأقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية:

المبحث الأول: العمل القضائي.

المبحث الثاني: العمل الولائي.

المبحث الثالث: شكل ممارسة العمل الولائي.

والى تفصيل ذلك كما يلي:

المبحث الأول
العمل القضائي[1]

مقدمة :

يعد العمل القضائي من أدق المسائل وأعقدها، وقد اختلف الرأي حول تعريفه إختلافا شديدا، وما يزال قائما حتى اليوم في الفقه والقضاء، ورغم إختلاف الآراء وتعددها فهي لا تخرج في سياقها العام عن أحد الإتجاهات الثلاثة، وهي ا التي أتطرق إليها في المطالب التالية:

المطلب الأول: المعيار الشكلي.
المطلب الثاني: المعيار الموضوعي أو المادي.
المطلب الثالث: المعيار المختلط.

والى تفصيل ذلك:

---

1 - انظر في التمييز بين العمل القضائي والولائي مؤلف الأستاذ.
Jean Vincent, Procédure civile 19 ED.D 78.P : 87-100.
- قد تكون الأعمال الإدارية، أعمال مادية أو أعمال قانونية، وهذه الأخيرة تنقسم إلى قرارات إدارية، وعقود إدارية، الأعمال المادية، هي عبارة عن وقائع أو أحداث، تلحق أضرارا بالأفراد، تعرض على القضاء الإداري عن طريق دعوى التعويض، أما الطعن في القرارات الإدارية، تعرض على القضاء الإداري عن طريق دعوى الإلغاء، كما يتم الطعن في العقود الإدارية عن طريق دعوى التعويض.

المطلب الأول
المعيار الشكلي

يعرف العمل القضائي بالإستناد إلى المعيار الشكلي ، على أنه العمل الذي يصدر من هيئة قضائية منظمة بطريقة خاصة ، وتتميز هذه الهيئة بالإستقلال وعدم التبعية للسلطة الرئاسية[1].

غير أن هذا المعيار قد وجهت إليه إنتقادات أهمها أن هناك هيئات إدارية أخرى تتمتع بالإستقلالية ولا تخضع في عملها إلى أية سلطة رئاسية ، ومع ذلك لا تقوم بالأعمال القضائية مثل لجان الإمتحانات ، كما أن نفس السلطة - رغم إستقلالها - قد تقوم بأعمال لا تدخل في وظيفتها الأصلية ، مثل الجهات الإدارية ذات الإختصاص القضائي . كما أن المحاكم هي الأخرى كثيرا ما تقوم بأعمال إدارية ، كتحديد مواعيد الجلسات وتوزيع القضايا على الأقسام المختلفة فهذه الأعمال لا تعد أعمالا قضائية رغم صدورها من هيئة قضائية ، ولذلك لا يصلح هذا المعيار لتعريف العمل القضائي لعدم دقته.

وفي حدود هذا الرأي ، يميل البعض إلى تعريف العمل القضائي بأنه ذلك العمل الذي يتميز ببعض الإجراءات والأشكال الخارجية التي تكفل له الفاعلية اللازمة لترتيب قوة الحقيقة القانونية[2]. ويؤكد هذا الرأي على أن الحكم القضائي قد يختلط - من الناحية الموضوعية - بالعمل التشريعي من ناحية وبالعمل القضائي من ناحية أخرى ، فإذا خلق القاضي حلا جديدا غير موجود في مصادر القانون فعمله هذا يعد من قبيل العمل التشريعي أما إذا إقتصر القاضي على تطبيق القانون فيعد عمله من قبيل العمل الإداري ، والذي يسمح لنا بالتمييز بين العمل القضائي والإداري هو المعيار الشكلي[3] ، فإذا كان القضاء يهدف إلى تطبيق القانون فهو لا يختلف – في هذه الحالة - عن الإدارة ، ولكن

1- بدرخان عبد الكريم إبراهيم ، معايير تعريف العمل القضائي ، ص 47.
- نبيل إسماعيل عمر ، الأوامر على العرائض ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ص 14.
2- ابراهيم نجيب سعد ، القانون القضائي الخاص ، ص:61.
3- سمير عبدالسيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، ص: 527.

طريقة تقرير القانون هي التي تميز العمل القضائي عن الإداري إذ يتطلب العمل القضائي إتباع الأشكال التي تكفل له الفاعلية فيصدر وهو خال من أي تحكم مما يبعث فيه الثقة[1].

ويؤكد هذا الاتجاه أنه ومن أجل أن يجوز العمل القضائي قوة الحقيقة القانونية أي حجيه الشيء المقضي به فلا بد أن تتوافر فيه بعض المظاهر والأشكال الخارجية، مثل علانية الجلسات، ومبدأ المواجهة بين الخصوم، والتزام، تسبيب الأحكام، القضائية ونظام التقاضي على درجتين. والعمل القضائي لا يختلف عن العمل الإداري إلا من حيث اختلاف الهيئة التي تقوم به، والأشكال التي تخضع لها.

واجه هذا المعيار من جهته نقدا شديدا استنادا إلى عدم صلاحيته لتمييز العمل القضائي عن غيره من الأعمال القانونية الأخرى. ذلك أن هذه المظاهر والأشكال الإجرائية لا يستقل بها العمل القضائي وحده، بل هناك من الأعمال الإدارية ما يتخذ هذه المظاهر والأشكال الإجرائية، كالقرارات الإدارية التأديبية، وقرارات نزع الملكية للمنفعة العامة[2]، ومن ناحية أخرى قد تلتزم الإدارة بإتباع الأوضاع الشكلية في جلسات المزايدات، كما تراعي العلانية في المناقصات والمزايدات[3]. لذلك عزف الفقه عن الأخذ بالمعايير الشكلية، ودعا جانب منه إلى البحث في طبيعة العمل القضائي ذاته، وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

المطلب الثاني
المعيار الموضوعي أو المادي

قد اتجه بعض الفقه إلى تمييز العمل القضائي عن العمل الإداري، إستنادا إلى طبيعة العمل نفسه، لكن وقع إختلاف في هذه الإتجاه، فيرى البعض أن تحديد العمل القضائي

1- إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ص:62.
- نبيل إسماعيل عمر، الأوامر، ص 36.
2- بدرخان عبد الكريم إبراهيم، المرجع السابق، ص 48.
3- بدرخان عبد الكريم إبراهيم، المرجع السابق، ص 49.

يجب أن ينطلق من العناصر المكونة له[1] ويؤكد أن العمل القضائي عمل مركب ينطوي على حل المسألة القانونية التي تعرض على القاضي، فيقوم بتقرير مخالفة القانون التي يدعيها الشخص أمامه[2]، والعمل القضائي- حسب هذه النظرية- عبارة عن عملية ذهنية مبناها المنطق[3]، وهو يتكون من العناصر التالية:

أولا: ادعاء بمخالفة القانون

ذلك أن القاضي لا يتدخل إلا لحل مسألة قانونية معروضة عليه من قبل أحد الأشخاص، فهو لا يتطوع بالقيام بالعمل القضائي وإنما يكون بناء على طلب مقدم إليه لحل مسألة قانونية تتعلق بمخالفة القانون.

فإذا كان عمله لا يهدف إلى التحقق من الإدعاء المعروض عليه بوجود مخالفة للقانون فلا يعد من قبيل العمل القضائي.

ثانيا: التقرير أو المعاينة

تتكون القاعدة القانونية من عنصرين: عنصر المفترض وعنصر الأثر، وعنصر المفترض هو عبارة عن النموذج التشريعي الموجود داخل القاعدة القانونية، فإذا حدث نزاع بين أفراد بشأن أعمال القاعدة القانونية، فيقوم القاضي بإجراء عملية التطابق بين مجموع العناصر الواقعية من جهة وبين مفترض القاعدة القانونية، فإذا وجد التطابق بين مجموع الوقائع وبين مفترض القاعدة القانونية فيكون بهذا قد قام بالتكييف القانوني لوقائع النزاع.

1- تدين هذه النظرية إلى العلامة دوجي، فهو الذي لفت الإنتباه إلى أهمية تحديد العمل القضائي استنادا إلى العناصر المكونة له.

2- أنظر تفصيل ذلك: إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ص 63.

3- بدرخان عبد الكريم إبراهيم، المرجع السابق، ص 87.

ومن الأمثلة على ذلك، أن يتمسك شخص بادعاء ما بوقوع اعتداء عليه والمتمثل بإلحاق جروح بجسمه أقعدته عن العمل لمدة 15 يوما، طالبا تعويضه عن الضرر بمبلغ مائتي ألف دينار.

يكون هذا الشخص قد طرح مجموعة من العناصر الواقعية. مما يتطلب من القاضي أن يقوم بالبحث عن مفترض القاعدة القانونية الذي يتطابق مع هذه العناصر.

فينتهي القاضي في بحثه إلى أن هذه العناصر تنشئ المسؤولية التقصيرية، وأن مفترض القاعدة القانونية الذي يتطابق مع هذه العناصر هو المفترض الموجود في المادة 124 من القانون المدني. والمتمثل فيما يلي:

"كل فعل يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير"

سيجد القاضي أن هناك تطابق كاملا بين مجموع العناصر الواقعية المعروضة عليه، وبين مفترض هذهالقاعدة. وبهذا يكون قد أعمل التكييف القانوني.

وبذلك يصل القاضي إلى الحل الذي يطلق عليه التقرير أو المعاينة, و المتمثل في قيام مسؤولية الشخص عن الضرر الذي الحقه بالغير يلزم بتعويضة.

ثالثــا: القــرار

ينتقل القاضي في المرحلة التالية، بعدما وجد التطابق الكامل بين مجموع الوقائع المعروضة عليه وبين مفترض القاعدة القانونية، إلى أعمال الأثر القانوني الموجود في المادة 124 والمتمثل فيما يلي: " يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض " وهو الأثر القانوني الواجب اعماله[1]، وبذلك يتحقق القاضي من مدى مطابقة الإدعاء المعروض عليه بفرض القاعدة القانونية، فيصدر قرارا يكون محله تحقيق النتيجة المنطقية لما انتهى إليه.

والقرار ليس إلا تجسيدا للعنصر الثاني- أي الأثر- الذي تتكون منه القاعدة القانونية، ويظهر تطبيق أثر القاعدة القانونية على حالة محددة تبرز في شكل القرار،

1 - نبيل اسماعيل عمر، الطعن بالإستئناف واجراءاته، مشأة المعارف، الاسكندرية، ص 106.

حيث يقوم القاضي بالتحقيق من الادعاء المعروض عليه لاثبات مدى تطابقه للقانون أو مخالفته باعطاء الحل ، وبذلك ينتهي إلى إصدار القرار المتمثل في تعويض المضرور بمبلغ مائتي ألف دينار.

ويرى دوجي أن العمل القضائي- بحسب أصله- يقتصر على التقرير أي على المعاينة . أما القرار فهو عمل إداري[1] ، والدليل على ذلك أنه ينشىء مركزا قانونيا جديدا أو حقا جديدا ، كالحق في التعويض نتيجة الإخلال بالإلتزام العقدي ، فهو ينشىء حقا جديدا وهو الحق في التعويض ، وهذا الحق ينشأ مباشرة عن القرار الذي يعد عملا إداريا كما سبق أن ذكرنا ، ولكنه يتحول إلى عمل قضائي عندما يندمج في التقرير[2].

غير أن هذه النظرية وإن كان يرجع إليها الفضل في لفت الإنتباه إلى أهمية البحث في العناصر الأساسية التي يتكون منها العمل القضائي- كما يؤكد عليه الفقه- إلا أن الحل الذي أتت به عسير المنال ، إذ يصعب تحديد مقومات العمل القانوني بهذه الطريقة الذهنية المجردة[3].

كما أن هذه الطريقة تقوم بتقسيم العمل القضائي إلى أجزاء ، وتعتبر الجزء الخاص بالتقرير من طبيعة قضائية ، وهو الذي يتمتع بقوة الحقيقة القانونية ، بينما تعتبر الجزء الخاص بالقرار من طبيعة إدارية ، وترى أن القرار عندما يندمج في التقرير يتحول إلى عمل قضائي ، لكنها لم تبين لنا كيف تتم عملية التحول.

وقد أخذ على هذه النظرية إستعانتها بعنصر خارج عن العمل القضائي وهو الإدعاء بمخالفة كما أن عنصر الإنشاء والخلق لا يتميز به القرار الإداري ، بل هناك من الأعمال القضائية ما يعتبر من الأعمال المنشئة كالحكم بإبطال العقد ، والحكم بالتطليق[4].

وقد ذهب بعض الفقهاء[5] إلى اعتماد فكرة التنفيذ كمعيار لتمييز العمل القضائي عن غيره من الأعمال القانونية ، ويرى أن غاية مرفق القضاء ليست تحقيق الأهداف المباشرة

1- نبيل اسماعيل عمر ، الطعن بالإستئناف واجراءاته ، ص 107.
2- أحمد المليجي ، المرجع السابق ، ص 30.
3- سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، ص 529.
4- سميرعبد السيد تناغو ، نفس المرجع ، ص 519.
5- أحمد المليجي ، المرجع السابق ، ص 32.

للدولة بل هو التحقق من النشاط الإجتماعي ومدى مطابقته للقاعدة القانونية ، ذلك أن مهمة القضاء هي الرقابة الشرعية ، ومبنى هذا الرأي هو أنه لابد من تنفيذ القانون كي يصبح حقيقة واقعة ويجب أن يكون تنفيذه مطابقا له ، أما إذا كان تنفيذ القانون مخالفا له فلا يعد تنفيذا له ، وتبعا لذلك فإن مهمة القضاء هي مراقبة شرعية هذا التنفيذ[1].

وقد وجهت إنتقادات إلى هذه النظرية على أساس أن وظائف الدولة تهدف إلى تحقيق غاية مشتركة وهي إشباع حاجيات المجتمع وتحقيق مصالحه ، أما تنفيذ القانون فلا يمكن إعتباره غاية في حد ذاته فهو لا يعدو أن يكون وسيلة لتحقيق غاية أخرى ، وأن معيار الرقابة الشرعية لا يصلح لتمييز العمل القضائي عن العمل الإداري لأن الرئيس الإداري يراقب أيضا القرارات التي يصدرها مرؤوسوه[2].

وقد ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار وظيفة القضاء هي تحقيق القانون عن طريق حلول نشاط هيئات عامة محل نشاط الأفراد أو هيئات عامة أخرى لتأكيد إرادة القانون وتنفيذه..

ويرى أن حالة تأكيد وجود إرادة القانون تكون بحلول النشاط الذهني للقاضي بصفة نهائية وملزمة محل النشاط الذهني للغير في تأكيد وجود أو عدم وجود إرادة خاصة للقانون أما في حالة تنفيذ القانون فإن النشاط المادي لهيئات الدولة يحل محل النشاط واجب التنفيذ لإرادة القانون[3] وتبعا لذلك فإن معيار تطبيق القانون ليس بالمعيار المميز للعمل القضائي لأن الإدارة من جانبهاتقوم بتطبيق القانون ، والذي يميز بينهما هو أن الإدارة تقوم بتطبيق القاعدة القانونية موجهة إليها متخذة إياها سلوكا لها ، في حين القضاء يطبق القاعدة القانونية موجهة للخصوم الذين لم يحترموها فيحل نشاط القضاء محل نشاط آخر لم يقم به الخصم[4].

غير أن هذه النظرية لم تسلم هي الأخرى من النقد ، ذلك أن كلا من الإدارة والأفراد يسعيان إلى تحقيق القانون ، وقد تحل الإدارة بنشاطها محل بعض الأفراد كما في حالة

1- إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 72.
2- فتحي والي ، قانون القضاء المدني ، ص 27 إلى 30.
3- أحمد المليجي ، المرجع السابق ، ص 37، 40.
4- فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 28.

إمتناع أحدهم عن القيام بعمل يتعلق بالصحة فيتعين على الإدارة أن تحل محله ولا يعتبر هذا العمل الذي قامت به الإدارة من قبيل العمل القضائي[1].

ويتجه جانب آخر من الفقه[2] إلى إعتماد فكرة حسم النزاع لتمييز العمل القضائي عن العمل الإداري حيث يرى أن العمل القضائي هو الذي ينصب على حسم المنازعات . أما إذا كان العمل لا يتضمن حسم النزاع فإنه لا يعد عملا قضائيا ، ذلك أن القاعدة القانونية تحل النزاع تلقائيا بين الأفراد دون ما حاجة إلى تدخل القضاء ، غير أن التطبيق التلقائي للقاعدة القانونية قد يثير نزاعا حول تطابق المركز الواقعي مع المركز القانوني ، مما يستوجب تدخل القضاء لحل هذا النزاع على اعتبار أن القصاص الخاص واقتضاء الفرد حقه بنفسه باعتماده على قوته الشخصية أو القبيلة قد اختفى في المجتمعات المتمدنة وحلت الدعوى القضائية محل القصاص الخاص فيقوم القاضي بحل النزاع بالرجوع إلى القاعدة القانونية[3] ويسلم كثير من الفقه بهذا المعيار[4] ويرى أن النزاع هو هدف العمل القضائي وأساسه وسببه المباشر ، فلا مبرر لتدخل القضاء حيث لا يوجد نزاع ، فإذا تدخل القضاء مع غياب النزاع فإن القرار الذي يصدره يكون مجردا من حجية الشيء المقتضي به[5]. وفكرة العمل القضائي التي تتضمن الفصل في المنازعات ليست فكرة مستحدثة بل هي فكرة تقليدية في الفقه الإجرائي وهي صحيحة من الناحية التاريخية والمنطقية[6] وإذا قام القاضي بعمل لا يتضمن حسما للنزاع فإن عمله هذا لا يمكن إدراجه ضمن الأعمال القضائية ، ولا يجوز وصفة بالعمل القضائي ، بل يجب البحث له عن وصف آخر يتطابق مع حقيقته. وهناك من الفقهاء من اعترض عليه ، ذلك أنه في بعض الأحيان قد يصدر حكم دون وجود نزاع مثل الحكم الغيابي أو الحكم الذي يصدر بعد حضور المدعي عليه وتسليمه بجميع المطالب المدعي بها عليه دون منازعة ومع ذلك تعتبر هذه الأحكام أحكاما قضائية[7].

1- فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 28.
2- إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 88.
3- أحمد مليجي ، المرجع السابق ، ص 10.
4- إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 81.
5- أحمد المليجي ، المرجع السابق ، ص 12.
6- أحمد المليجي ، المرجع السابق ، ص 12.
7- أحمد المليجي ، المرجع السابق ، ص 25 و26.

غير أن هذه الإعتراضات مردود عليها- كما يؤكد عليه بعض من الفقه[1] - ذلك أن مفهوم النزاع لم يعد كما كان عليه الحال في القانون الروماني الذي كان يصور المنازعة على أنها مقاومة فعليه أمام القضاء، أما التشريعات الحديثة فلا تشترط في النزاع أن يقع في شكل معارضة لصاحب الحق، سواء كانت هذه المعارضة إيجابية أو سلبية، بل تشترط فيه مجرد قيام الشك حول مركز الخصم، دون أن يصل إلى مقاومة فعلية، فإذا امتنع المدين عن الوفاء بالدين بعد حلول الأجل فهذا يكفي لقيام المنازعة، ولا يهم بعد ذلك أن يسلم المدين بجميع مطالب الدائن دون أن ينازع فيها إذا حضر أمام القضاء.

غير أن جانبا من الفقه[2] يرى أن عنصر النزاع في العمل القضائي يعتبرعنصرا جوهريا لا غنى عنه لتمييز العمل القضائي عن غيره من الأعمال القانونية الأخرى، إلا أنه لا يكفي لوحده بل يجب أن يضاف إليه المعيار الشكلي، وذلك عن التفصيل الآتي:

المطلب الثالث
المعيار المختلط

تتناول تعريف العمل القضائي نظريتان، الأولى تعرف بالنظرية الموضوعية والثانية تعرف بالنظرية الشكلية.

وتقوم النظرية الأولى بتعريف العمل القضائي بتحليله إلى عناصره الأولية، وترى أنه يتحلل إلى عنصرين:

الأول: المعاينة أو التقرير، ويقصد به إدخال وقائع النزاع في الفرض الخاص بإحدى القواعد القانونية[3].

والثاني: القرار ويقصد به تطبيق الحل الموجود في هذه القاعدة على أساس أن كل قاعدة قانونية، تتكون من الفرض والأثر.

1- إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 81.

2- إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 82.

3- سمير عبد السيد تناغو، نفس المرجع السابق، ص 522.

وتبعا لذلك فالعمل القضائي ، هو الذي يتضمن عنصر المعاينة ويعني إدخال مجموع الوقائع محل النزاع في أحد فروض القواعد القانونية ، والقرار يعني تطبيق الحل أو الأمر الموجود في هذه القاعدة على النزاع المعروض على القاضي.

ويؤكد هذا الرأي ، أن العمل القضائي هو العمل المكون من العنصرين المعاينة والقرار ، ولا يتضمن أي عنصر إداري أو تشريعي[1].

غير أنه - وكما يرى أصحاب هذا الإتجاه - لا يمكن الإستغناء عن الجانب الشكلي في تعريف العمل القضائي ، والإعتماد فقط على المعيار الموضوعي وتبعا لذلك يجب أن يتضمن تعريف العمل القضائي كلا من المعيار الشكلي والموضوعي[2].

وهذا المعيار يعتمد على تعريف العمل القضائي ، بالإعتماد على المعيارين ، الشكلي والموضوعي ، والمعيار الشكلي هو الذي يؤدي إلى الكشف عن المظهر الخارجي للعمل القضائي ، وأن إهمال هذا الجانب يؤدي إلى الإستغناء على الجانب الإجرائي ، الذي تزداد أهميته يوما بعد يوم في المجتمعات الحديثة[3] على اعتبار أن العمل القضائي يقتضي أن يتم في إطار الإجراءات التي تكفل للخصوم ضمانات خاصة ، فتحمي طرفي الخصومة مما قد يصدر من شطط وتسعف من أحدهم.

في حين أن المعيار الموضوعي يشكل جوهر العمل القضائي فلم تنشأ الوظيفة القضائية إلا لحل النزاع الذي يقع بين الأفراد في المجتمع ، وتبعا لهذا فإن القاضي لا يتطوع لحل النـزاع.

إلا إذا عرضه عليه أحد الخصوم ، وهذا ما يفسر القاعدة العامة التي تقضي بأن الدعوى القضائية لا تقبل ما لم يكن لصاحبها المصلحة وهي لا تقوم إلا إذا وقع اعتداء على الحق أو المركز القانوني وحسم النزاع هو الذي يبرر حجية الشيء المقتضي به وتهدف الحجية إلى منع عرض النزاع على القضاء مرة ثانية مما يؤدي إلى ضمان الإستقرار ، وهو ما يهدف إليه النظام القضائي في المجتمع وإسناد بعض الأعمال القانونية إلى القاضي والتي لا تتضمن عنصر المنازعة لا تدخل ضمن الأعمال القضائية وإنما أسندها المشرع إلى

1- سميرعبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص 527.

2- إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 81 ، 84.

3- سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص 532 ، 533.

القاضي لاعتبارات معينة يراها، ومن الأمثلة على ذلك الحكم الصادر بالطلاق بناء على إرادة الزوج.[1]

ونرى من جانبنا أن الرأي الذي يذهب إلى جمع بين المعيار الشكلي والموضوعي هو واجب الإتباع، وعلى ذلك فإننا نعتقد أن تعريف العمل القضائي يجب أن يتضمن المعيار الشكلي والموضوعي معا وأن يجري على الشكل التالي:

العمل القضائي هو الذي تقوم به هيئة مستقلة بهدف حسم النزاع المعروض عليها طبقا للشكل المقرر قانونا.

و بعد أن تطرقت إلى العمل القضائي، أنتقل إلى دراسة العمل الولائي على الوجه التالي:

المبحث الثاني
العمل الولائي

مقدمة

يمارس القضاء- إلى جانب الأعمال القضائية- الأعمال الولائية، يمارس هذه الأخيرة تكرما منه، ولذلك تسمى بالأعمال التفضلية، يباشرها بما له من السلطة الولاية، باعتباره واحدا من ولاة الأمر الذين يملكون توجيه الناس والسيطرة عليهم لتحقيق مصلحة المجتمع ومن هنا جاءت تسميتها بالأعمال الولائية، لأنها تستند إلى ولاية القاضي[2].

وجدير بالذكر أن إرتفاق الشخص بمرفق القضاء يكون بإحدى الوسيلتين: بوسيلة الدعوى القضائية، وفي هذه الحالة يجد القاضي نفسه مدعوا إلى حسم النزاع.

1- أبو الوفاء، إجراءات التنفيذ، الدار الجامعية بيروت، ص 553 و554.

2- محمود السيد عمر التحيوي، نطاق سلطة القاضي في إصدار الأمر القضائي، دار الجامعية الجديدة للنشر الإسكندرية، طبعة سنة 1999، ص 16.

أو بوسيلة العريضة ، التي تقدم إليه[1] ، ولا يطلب منه- في هذه الحالة- حسم أي نزاع بل يطلب منه أن يتدخل لإزالة عقبة قانونية التي وضعها المشرع أمام إرادة الأفراد[2] ولا يقتصر الخلاف بين العملين على شكل الوسيلة ، بل يمتد إلى المضمون ، فالدعوى هي وسيلة العمل القضائي وهي تهدف على الدوام إلى حسم المنازعة ، في حين العريضة ، فهي وسيلة العمل الولائي ولا تهدف إلى حسم أية منازعة[3].

يقدم الشخص العريضة إلى القاضي لكي يأذن له بالقيام بعمل أو تصرف كإنشاء حق أو مركز قانوني أو إنهائه أو تعديله.

غير أن المشرع قد يلجأ إلى سن نظام الأوامر بصدد بعض الأعمال القضائية ، ويعد ذلك إستثناء من القواعد العامة ، في الإلتجاء إلى القضاء بوسيلة الدعوى ، مثل أوامر الأداء التي يصدرها القاضي ، بموجب سلطته القضائية.

ولدراسة العمل الولائي ، ينبغي أن أتطرق باديء ذي بدء ، إلى محاولات الفقه المتعلقة بتقسيم العمل الولائي ، ثم إلى طبيعته ، وأخيرا إلى معايير تمييزه عن غيره من الأعمال القانونية الأخرى ، ونقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: تقسيم الأعمال الولائية..
المطلب الثاني: تحديد طبيعة الأعمال الولائية.
المطلب الثالث: تمييز العمل الولائي عن العمل القضائي.

والى التفصيل التالي:

1- محمود السيد عمر التحيوي ، المرجع السابق ، ص 17.
2- أحمد هندي، أصول المحاكمات المدنية والتجارية ، الدار الجامعية بيروت ، طبعة سنة 89 م ، ص 351.
3- أحمد هندي ، نفس المرجع ، ص 352.
- نبيل إسماعيل عمر ، الأوامر ، ص 45.

المطلب الأول:
تقسيم الأعمال الولائية

رغم صعوبة حصر الأعمال الولائية ، نظرا لتعددها وتنوعها ، فقد حاول بعض الفقه تقسيمها إلى عدة أقسام ، حيث اتجه البعض إلى تقسيمها إلى أربعة أقسام وهي كما يلي:

أولا: أعمال ينحصر موضوعها ، في مجرد التوثيق أو التصديق ، لإثبات بعض التصرفات التي تجري أمام القضاء ، كالمصادقة على الصلح أو التصديق على التبني كما هو عليه الحال في القانوني الفرنسي ، أو رسو المزاد[1].

ثانيا: أعمال ينحصر موضوعها في حماية عديمي الأهلية وناقصيها والغائبين ، مثل ما تنص عليه المادة: 88 من قانون الأسرة ، حيث تستلزم في حالة ما إن أراد الولي أن يتصرف في أموال القاصر أن يستصدر إذنا من القاضي ، يأذن له بهذا التصرف.

ثالثا: أعمال ينحصر موضوعها في الرقابة ، حيث يكون الغرض منها هو ممارسة إجراءات الرقابة ، لتحقيق الصالح العام ، مثل التأشيرة على سجلات الحالة المدنية أو على الدفاتر التجارية أو إثبات الوفيات والميلاد بسجل الحالة المدنية.

رابعا: ينحصر موضوعها في اتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية ، والتي يأذن أو يأمر بها القاضي خارج نطاق المنازعة ، كالأمر بالحجز التحفظي أو حجز ما للمدني لدى الغير.

ومن الفقه ما ذهب إلى تقسيم الأعمال الولائية ، إلى أربع طوائف[2] كما يلي:

الطائفة الأولى: فتشمل هذه الطائفة بعض التصرفات التي تتم إجراءاتها أمام القاضي لكي يصبغ عليها الصبغة الرسمية ، مثل رسو المزاد والطلاق والتصديق على بعض الإتفاقيات والقرارات التي سبق اتخاذها قبل عرضها عليه ، حتى يتمكن من مراقبتها لتحقق عن مدى

1- أحمد المليجي ، المرجع السابق ، ص 12.
2- أحمد المليجي ، نفس المرجع ، ص 112.

مطابقتها للقانون وعدم مساسها بمصلحة أحد الأشخاص، كعديمي الأهلية وناقصيها. والتصديق أيضا على الصلح المبرم باسم القاصر.

الطائفة الثانية: وهي تشمل الحالات التي يكون الغرض من الإلتجاء إلى القضاء، وهو الحصول على الإذن لأجل القيام بعمل معين، كالإذن بإعلان الخصم في ميعاد قصير أو الإذن بترشيد القاصر، أو الإعفاء من السن المفروضة قانونا في الزواج.

الطائفة الثالثة: وهي تشمل الحالات التي يقوم فيها القاضي بالرقابة على بعض الوثائق العامة كتلك المتعلقة بسجلات الحالة المدنية، وتصحيح الأخطاء بها.

الطائفة الرابعة: وهي تشمل الأعمال الرامية إلى اتخاذ بعض القرارات. بقصد سير مرفق القضاء، كتحديد مواعيد الجلسات، وغيرها من الأعمال الإدارية التي تتعلق بسير مرفق القضاء.

وهناك تقسيم آخر يختلف عن التقسيم السابق، وهو تقسيم العمل الولائي إلى أربع مجموعات[1] كما يلي:

المجموعة الأولى: ترمي هذه المجموعة من الأعمال إلى فحص بعض التصرفات القانونية وإصباغ عليها، الصبغة الرسمية، مثل الصلح والطلاق.

المجموعة الثانية: ترمي هذه المجموعة إلى حماية عديمي الأهلية، وناقصيها والغائبين، حيث تلزم الولي أو الوصي أو القيم أن يستأذن القاضي قبل الإقدام على التصرف في أموال القاصر، أو يعرض عليه الأعمال التي قام بها لفائدة القاصر لإجازتها.

المجموعة الثالثة: ترمي هذه المجموعة إلى تسهيل سير الدعوى والتحقيق فيها، وتتعلق هذه الأعمال بالأحكام التحضيرية والتمهيدية، ويتدخل القاضي عن طريقها أثناء سير الخصومة ليس بقصد حسم النزاع، وإنما لأجل تهيئة الظروف اللازمة للفصل في الدعوى، بالإضافة إلى الأعمال التي ترمي إلى تنظيم مراكز الخصوم، وحصول حلف اليمين أو الإعتراف بالمحرر أو تقرير رسو المزاد، وإثبات الصلح الواقع بين الخصوم.

1- إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 87.
- أحمد المليجي، المرجع السابق، ص 113.

المجموعة الرابعة: وهي تشمل الأعمال المتصلة بسير العمل داخل المؤسسة القضائية كتوزيع العمل بين القضاة ، وتنظيم الجلسات وإدراج القضايا في جدول الجلسة ، وإثبات القرارات والشهادات ، وأيضا تشمل أعمال الحماية التي ترمي إلى حماية أموال عديمي الأهلية وناقصيها والغائبين وأعمال التوثيق.

بينما يقسمها البعض إلى أربعة أنواع وهي كمايلي:

النوع الأول: ويشمل الأعمال التي ترمي إلى إثبات التصرفات والعقود التي تتم بمجلس القضاء والتصديق عليها ، لتكون لها القوة التنفيذية ، كحكم قاضي البيوع بالمزاد العلني.

النوع الثاني: وهو يشمل الأعمال الرامية إلى الحماية والمحافظة على أموال القصر والمحجور عليهم والغائبين ، مثل تعيين الأوصياء والقامة والفصل في حساباتهم.

النوع الثالث: وهو يشمل الأعمال الرامية إلى اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية ، مثل وضع الأختام على التركات والحجز التحفظي ، وحجز ما للمدين لدى الغير.

النوع الرابع: وهو يشمل الأعمال الرامية إلى تحقيق حالة الأشخاص ، مثل إثبات الوفاة وعقد الزواج أو الميلاد.

بينما اتجه البعض إلى تقسيم الأعمال الولائية إلى ثلاثة أصول[1] وهي كما يلي:

1- أعمال التوثيق والتصديق: حيث ينصب عمل القاضي على إثبات ما تم أمامه من تصرف أو إجراء ، أو يكون عمله تصديقا على تصرف تم خارج مجلس القضاء ، ثم يتم عرضه عليه ليتفحصه لمعرفة مدى مطابقته للقانون.

وما يزال القضاء مختصا بالتوثيق- على الرغم من أن أعمال التوثيق أصبحت تختص بها هيئة إدارية- ما يتم أمامه من التصرفات ، كما في حالة إجراءات المزايدة والطلاق بناء على إرادة الزوج طبقا لما يقضي به قانون الأسرة و المصادقة على الصلح الذي يتم بين الخصوم.

1- أحمد المليجي ، المرجع السابق ، ص 117.

2- أعمال الإذن والأمر: وتشمل الأعمال الرامية إلى إزالة عائق يحول بين صاحب الشأن فيمنعه من اتخاذ إجراء أو إبرام تصرف، فيلجأ إلى القضاء ليصرح له بذلك. كالإذن بالإعفاء من السن المفروضة قانونا في الزواج، أو الإذن للولي ببيع مال القاصر[1]. وقد يكون عمل القاضي، هو إصدار الأمر باتخاذ تدبير معين. كالأمر بالحجز التحفظي أو الأمر بوضع الأختام.

3- أعمال الرقابة والضبط: ويشمل الأعمال التي يقوم بها القاضي، والتي تهدف إلى مراقبة بعض التصرفات أو ضبط المسائل بما يؤدي التحقق من سلامتها ومطابقتها للقانون مثل مراقبة الأوصياء والأولياء والقامة، لضمان حماية الضعفاء من ناقصي الأهلية وعديميها.

ولا يندرج –حسب هذا الإتجاه- أعمال الإدارة القضائية، ضمن الأعمال الولائية تلك الأعمال الخاصة بتنظيم العمل داخل المحكمة، كضبط الجلسات، وهي من أعمال الإدارة القضائية التي تستقل بها كل سلطة بالنسبة لشؤونها.

وتبعا لهذا الإتجاه، فإن الأعمال الولائية، تنحصر في سلطة الأمر والإذن، والتوثيق والتصديق، والرقابة والضبط[2].

وتحقق هذه السلطة –أي السلطة الولائية- للقضاء السيطرة على شؤون الأفراد، وتهدف من وراء ذلك إلى حماية حقوقهم، ويتفق أغلب الفقه حول هذا التقسيم، ويرى أن الأعمال الولائية، تنحصر في تلك الأعمال، مستبعدا من هذا التقسيم أعمال الإدارة القضائية باعتبارها أعمالا إدارية بحتة، وهو التقسيم الذي نعتقد أنه يشمل جميع الأعمال الولائية، كما أنه يجب التمييز بين الأعمال الولائية، وأعمال الإدارة القضائية باعتبارها أعمالا إدارية صرفة.

والى جانب ذلك، فقد تعددت الآراء حول تحديد طبيعة العمل الولائي، وهي المسألة التي أتطرق إليها فيمايلي

1- أحمد هندي، المرجع السابق، ص 352.

2- أحمد المليجي، المرجع السابق ص 118.

المطلـب الثـاني
تحديد طبيعة الأعمال الولائيـة

ما تزال طبيعة العمل الولائي ، محل خلاف بين فقهاء القانون ، مما انعكس كل ذلك على النظام القانوني الذي تخضع له. ولقد تعددت النظريات حول تحديد طبيعة الأعمال الولائية فقد اتجه البعض إلى اعتبارها ذات الطبيعة الإدارية الصرفة ، بينما ذهب البعض الآخر إلى اعتبارها ذات الطبيعة القضائية المحضة في حين اتجه فريق ثالث إلى اعتبارها ذات الطبيعة المستقلة ، ويرفض إدراجها في أحد العملين أو الخلط بينهما ، وتلك هي المسائل التي نتطرق إليها فيما يلي:

أولا: الأعمال الولائية ذات الطبيعة الإدارية

يرى أصحاب هذا الإتجاه ، أن القاضي باعتباره أحد موظفي الدولة ، وتبعا لذلك ، فلا يخرج العمل الولائي الذي يقوم به عن العمل الإداري فيتخذ من التدابير الإدارية ما يتلاءم ووظيفته ، طبقا لمقتضيات هذه الأخيرة[1].

وقد ذهب البعض إلى اعتباره من قبيل أعمال الضبط والحماية البوليسية ، بل يرى ، البعض الآخر أنه من قبيل أعمال الإدارة المدنية أو الإدارة القضائية[2]. بينما اتجه البعض الآخر إلى اعتباره مجرد أعمال إدارية صرفة في شكله ومضمونه استنادا إلى أن العمل الولائي من الجائز أن يقوم به رجال الإدارة أو القضاة على حد سواء.

غير أنه تم إسناده إلى رجال القضاء ، نظرا لكفاءتهم العلمية وحيادهم ، وهو ليس في حقيقته إلا عملا إداريا ، فلا يوجد أي فرق بينه وبين العمل الإداري من حيث الطبيعة[3].

1- محمود عمر التحيوي ، نطاق سلطة القاضي في إصدار الأمر القاضي ، ص 20.
- نبيل إسماعيل عمر ، قانون أصول المحاكمات المدنية ، الدار الجامعية ، ط1 ، ص 244.
2- محمود السيد عمر التحيوي ، المرجع السابق ، ص 21.
- نبيل اسماعيل عمر ، الأوامر ، ص 44.
3- أحمد المليجي ، أعمال القضاة ، ص 121.

إن إطلاق مصطلح القضاء الولائي ، هو إصطلاح خاطيء ومتناقض لأن الوظيفة الولائية ليست قضاء ، وإنما هي في حقيقتها ليست إلا أعمالا إدارية بحتة[1].

إن الخصائص التي تتمتع بها الأعمال الولائية لا ترجع إلى طبيعتها وانما إلى مصدرها ، وتبعا لهذا الإتجاه ، فإن الأعمال الولائية ، تشمل على أعمال الإدارة القضائية ، كتوزيع العمل بين القضاة ، وتنظيم الجلسات وإدراج القضايا في جدول الجلسة[2]. وقد توصل هذا الرأي إلى نتيجة ، وهي أن الأعمال الولائية ، تخضع لنفس النظام القانوني ، الذي تخضع له الأعمال الإدارية[3]. وقد وجه لهذا الرأي نقدآ ، فهو معيب من عدة أوجه ، إستنادا إلى أن العمل الإداري ينشأ عن نشاط إيجابي وذاتي[4] فهو يستهدف تحقيق مصلحة عامة ، ويتمتع الموظف بسلطة تقديرية واسعة ، أساسها الملاءمة وقوامها الموازنة ، لإختيار الحل الذي تمليه فكرة المصلحة العامة[5]. والموظف لا يتقيد بالقانون إلا في حدود الشرعية ، فهو لا يعمل على تطبيق القانون ، وإنما يقرر وينفذ ما يقوم به متحركا في إطار مبدأ الشرعية[6].

في حين لا يتحرك القاضي من تلقاء نفسه ، عندما يقوم بالعمل الولائي ، وليس له نشاط ذاتي وإيجابي ، فلكي يتحرك نشاطه فلا بد من الإلتجاء إليه لكي يمارس عمله ، وهو ملزم بإجابة الطلب المقدم إليه ، أما بالرفض أو القبول ، ولا يتفق ذلك وعمل الإدارة[7]. وعندما يتحرك القاضي ، خلال قيامه بالعمل الولائي ، فهو يستهدف تحقيق مصلحة خاصة أوحمايتها ، فكل ما يطرح عليه- في هذا الإطار- يتعلق بمصالح الأفراد الخاصة.

ومن ثمة يختلف نشاط القاضي عندما يقوم بالوظيفة الولائية عن نشاط رجل الإدارة ، حيث يهدف هذا الأخير من وراء ذلك إلى تحقيق مصلحة عامة[8].

1-أحمد المليجي ، نفس المرجع ، ص 121.

2-أحمد المليجي ، نفس المرجع ، ص 122.

3-محمود سيد عمر التحيوي ، المرجع السابق ، ص 22.

4-محمود السيد عمر ، نفس المرجع ، ص 22.

5-أحمد المليجي ، المرجع السابق ، ص 122.

6-أحمد المليجي ، نفس المرجع ، ص 122.

7-محمود السيد عمر ، المرجع السابق ، ص 22.

8-أحمد المليجي ، نفس المرجع ، ص 122.

وبالرغم من تمتع القاضي – في إطار الوظيفة الولائية- بسلطة تقديرية واسعة، ومع ذلك فهو مقيد بمباديء القانون وقواعده، سواء من حيث القواعد الموضوعية أو القواعد الإجرائية.

وهذا على خلاف ذلك بالنسبة للموظف العام، فله سلطة تقديرية لا يتقيد في استعمالها بالقانون، إلا في حدود الشرعية.

والقاضي – إلى جانب ذلك- عندما يقوم بالعمل الولائي، فلا يخضع لنظام التبعية الرئاسية التي يخضع لها رجل الإدارة، كما أن القرار الولائي، لا يخضع إلى نظام السحب الذي يخضع له القرار الإداري، وإنما يخضع إلى نظام التظلم منه[1].

ونظرا لهذه الإنتقادات، فقد ظهر اتجاه آخر معاكس له، وذلك ما نراه فيما يلي:

ثانيا: الأعمال الولائية ذات الطبيعة القضائية

حيث يرى اتجاه آخر في الفقه، أنه لا يوجد خلاف جوهري بين الأعمال الولائية والأعمال القضائية، فهي جميعها أعمال قضاء، وإذا كان يوجد اختلاف بينهما، فهو ليس اختلافا في الطبيعة بل هو اختلاف في الدرجة[2] ولا يمكن اعتبار القاضي عندما يقوم بالأعمال الولائية، بالموظف الإداري، لأن القاضي لا يتمتع بالتلقائية التي يتمتع بها الموظف الإداري عند ممارسته لعمله[3].

إلى جانب ذلك، فالأعمال الولائية، تتعلق بحماية حقوق الأفراد الخاصة، ومن ثمة لا يوجد ما يمنع من النظر إليها كأعمال قضائية.

وما يدل على أن الأعمال الولائية ذات الطبيعة القضائية، هو ما تكشفه لنا مجموعة من الدلائل عن هذه الطبيعة، فمن ناحية التسمية القانونية للعمل الولائي بالقضاء الولائي مستقرة في القانون المقارن وقديمة ترجع إلى القانون الروماني[4].

1- نبيل اسماعيل عمر، الأوامر، ص 138.
2- أحمد المليجي، المرجع السابق، ص 125.
3- محمود السيد علي، المرجع السابق، ص 24.
4- محمود السيد علي، المرجع انفسه، ص 24.

ومن الناحية العضوية ، حيث نجد المحاكم هي التي تباشر هذه الأعمال مما يدل على أنها تدخل في وظيفتها الأصلية ، كما يخضع كل من العمل الولائي والعمل القضائي إلى نفس القواعد الإجرائية.

ويستخدم نظام الأوامر على العرائض الذي يعد نموذجا عاما للأعمال الولائية في أعمال القضاء الأخرى كالتنفيذ القضائي والقضاء الوقتي[1].

ويؤكد أنصار هذا الإتجاه ، أن تمتع الأعمال الولائية بالطبيعة القضائية ، لا يعني أنها تتطابق مع الأعمال القضائية ، بل هما نوعان مختلفان من أعمال الوظيفة القضائية[2].

ومن شأن اعتبار الأعمال الولائية ذات الطبيعة القضائية ، أن يترتب عليه مجموعة من النتائج القانونية ، منها أن تصبح الأعمال الولائية خاضعة لنفس النظام الذي تخضع له الأعمال القضائية.

ومع ذلك يرى أنصار هذا الإتجاه ، أنه يمكن أن تتميز هذه الأعمال بإجراءات خاصة وأن تخضع لقواعد مختلفة ، مثل جواز الطعن فيها بدعوى البطلان المبتدأة ، لأنها لا تتمتع بحجية الأمر المقضي به[3].

غير أن هذا الإتجاه ، لا يمكن التسليم به ، لأنه يعتمد على الإستدلال على بعض المؤشرات والدلالات للقول بوحدة الطبيعة.

كما أن أصحاب هذا الإتجاه يناقضون أنفسهم بأنفسهم ، وذلك عندما يقولون: أن الأعمال الولائية تتمتع بالطبيعة القضائية ، لا يعني أنها تتطابق مع الأعمال القضائية. في حين المنطق يقضي أن إتحاد الشيئين في الطبيعة يعني تطابقهما.

كذلك أنه يمكن أن يتحد شيئان في بعض النتائج لكنهما يختلفان من حيث الطبيعة. أن المنهج العلمي الصحيح يدعو إلى البحث عن طبيعة الشيء لتحديد خصائصه ، استنادا إلى تلك المميزات التي ينفرد بها عن غيره.

1- أحمد المليجي ، المرجع السابق ، ص 128.
2- أحمد المليجي ، المرجع نفسه ، ص 128.
3- محمود السيد عمر التحيوي ، المرجع السابق ، ص 26.

وتبعا لذلك يجب البحث عن طبيعة العمل الولائي ، فإذا وجد أنه يتمتع بنفس المميزات والخصائص التي يتمتع بها العمل القضائي ، أمكن حينئذ القول: أن العمل الولائي ، يتمتع بنفس طبيعة العمل القضائي . ناهيك أن هناك أعمالا قضائية مما تتخذ مظهر العمل الولائي ، ومع ذلك لا تتغير طبيعته ، مثل أمر الآداء.

وبناء على تلك الإنتقادات الموجهة إلى الإتجاهين ، فقد ظهر اتجاه ثالث يجمع بين الإتجاهين السابقين ، وهو ما يسمى بالإتجاه المختلط ، وهو ما أتطرق إليه فيما يلي:

ثالثـا: الأعمـال الولائية ذات الطبيعة المختلطة

ذهب اتجاه ثالث في الفقه إلى اعتبار العمل الولائي ، ذي الطبيعة المختلطة ، فهو ليس عملا إداريا ولا عملا قضائيا صرفا ، بل هو خليط من أعمال الإدارة والقضاء ، فهو عمل إداري من حيث الموضوع ، وعمل قضائي من حيث الشكل والمصدر.

يتميز العمل الولائي بطبيعة هجينة ناتجة عن الخلط بين العملين الإداري والقضائي[1].

ينتقد أنصار هذا الإتجاه ، الرأي الذي يذهب إلى اعتبار العمل الولائي عملا إداريا ، فيرى أنهما يختلفان من حيث الغاية التي يسعى إليها كل واحد منهما إلى تحقيقها فيهدف العمل الإداري إلى تحقيق مصلحة الإدارة باعتبارها سلطة عامة ، بينما يهدف العمل الولائي إلى تحقيق مصلحة خاصة للغير.

كما ينتقد أنصار هذا الإتجاه ، الرأي الذي يذهب إلى اعتبار العمل الولائي عملا قضائيا ، ذلك أن العمل الولائي لا يعد قضاء ، لأن هذا الأخير يفترض رابطة قانونية سابقة ، تلقي على عاتق الطرف الآخر احترام قاعدة قانونية معينة[2].

ولا عبرة بتسمية العمل الولائي بالقضاء الولائي الموجود في القانون المقارن ، فهي ليست حجة لأنها محل نقد كذلك قيام المحاكم بالأعمال الولائية منذ زمن طويل ،

1- أحمد المليجي ، المرجع السابق ، ص 131.

- أحمد هندي ، المرجع السابق ، ص 354.

2- فتحي والي ، الوسيط ، ص 35

لايؤدي إلى القول أن هذه الأعمال أعمالا قضائية[1]. إن المحاكم-وجدت للفصل في المنازعات- إلى جانب ذلك قد أنيط بها العمل الولائي، لإعتبارات معينة، أضف إلى ذلك فقد يناط بنفس العمل إلى المحكمة وإلى جهة إدارية، ومع ذلك لا يقع أي اختلاف حول طبيعة العمل الواحد في الحالتين لمجرد اختلاف القائم به، مثل التوثيق، قد يناط العمل به إلى المحكمة أو الجهة الإدارية ومع ذلك لا تختلف طبيعته لمجرد اختلاف الجهة المنوط بها هذا العمل[2].

إن العمل الولائي يعد من قبيل سياسة أمور الناس وتدبيرها مما يصدق معه وصف عمله بأنه من أعمال الإدارة لكن الآداة هنا هي أداة قضائية.

وتبعا لذلك، فإن سلطة القضاء تشتمل على شقين، أولهما يجسد سلطة الحكم والآخر يجسد سلطة الأمر والإدارة[3].

وسلطة الأمر والإدارة التي تنطوي عليها سلطة القضاء لا يمكن أن تنفصل عن الوظيفة القضائية ولا يمكن أن يعهد بها إلى جهات إدارية أخرى. نظرا لإرتباطها الوثيق بالعمل القضائي.

تقتضي وحدة الجهاز الإبقاء علىالسلطة الولائية إلى الجهات القضائية، ومن ثمة تعتبر السلطة الولائية من العناصر المكونة للوظيفة القضائية والداخلة في نطاقها لأنه لو عمد إلى قصر عمل القاضي على سلطة الحكم وحدها، وإسنادا سلطة الإدارة لغيره، فسيؤدي ذلك إلى اضطراب سير العمل القضائي واختلاله وتشتيت سلطة القاضي.

إن إسناد السلطة الولائية للقضاء، هو أمر حتمي تمليه طبائع الأمور ويقتضيه السير الطبيعي لها[4].

ويؤكد أنصار هذا الإتجاه، أن الأعمال الولائية لا تتمتع بطبيعة تماثل تماما الطبيعة القضائية، والإدارية الصرفة، بل تتمتع هذه الأعمال بطبيعة مختلطة، تجمع بين الطبيعة القضائية والإدارية وهي الطبيعة التي تفسر لنا النظام القانوني لهذه الأعمال.

1- أحمد هندي، المرجع السابق، ص 351.
2- أحمد المليجي، المرجع السابق، ص 132.
3- أحمد المليجي، نفس المرجع، ص 132.
4- أحمد المليجي، نفس المرجع، ص 133.

حيث لو كانت الأعمال الولائية ، ذات الطبيعة الإدارية لأصبح نظامها القانوني يتطابق مع النظام القانوني للأعمال الإدارية.

ولو كانت الأعمال الولائية، ذات الطبيعة القضائية ، لأصبح نظامها القانوني يتطابق مع النظام القانوني للأعمال القضائية[1].

ونظرا للطبيعة المختلطة لهذه الأعمال ، نجد نظامها القانوني يجمع بين النظامين القضائي والإداري.

إن هذا الإتجاه الذي يجمع بين الإتجاهين السابقين ، فهو معيب أيضا من عدة أوجه ، ذلك أنه إذا كان كل من الإتجاه الأول والثاني معيبان ، فإن الجمع بينهما يعني الجمع بين تلك العيوب التي ينطوي عليها كل واحد منهما على حدة.

فالعمل الولائي يجب أن يكون عملا إداريا بحتا أو عملا قضائيا صرفا ، أو عملا قانونيا مستقلا بذاته يهدف إلى غايات تختلف تماما عن تلك الغاية التي يهدف إليها كل من العمل الإداري والعمل القضائي.

والقول: أن العمل الولائي مختلط حيث يجمع بين العمل الإداري ، والعمل القضائي ، يعني أن العمل الولائي يهدف إلى تحقيق كل من الغاية التي يهدف إلى تحقيقها العمل الإداري والعمل القضائي ، وهذا ما لا يتفق تماما ما يهدف إليه العمل الولائي.

وفي تقديرنا مع جانب من الفقه[2] ، فإنه يجب البحث عن طبيعة العمل الولائي ، وذلك عن طريق البحث عن طبيعة العقبة ، حيث نجد العمل القضائي ، يهدف إلى إزالة العوارض التي تعيق تطبيق القانون. هذه العوائق تنشأ عن ممارسة الأفراد لحقوقهم ، وتعارض مصالحهم ، هذا التعارض ناتج عن تطبيق القانون في الحياة العملية[3].

1- أحمد المليجي ، نفس المرجع ، ص 134.

2- إبراهيم نجيب سعد ، القانون القضائي الخاص ، ص 89.

- نبيل إسماعيل عمر ، الأوامر ، ص 31.

3- إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 89.

- فتحي والي ، الوسيط ، ص 34.

ويجب على القضاء- في حالة وقوع التعارض بين مصالح الأفراد في المجتمع- أن يتدخل لفض المنازعات التي تؤدي إلى تعكير السلم الإجتماعي. هذا التعارض يؤدي إلى شل فعالية القاعدة القانونية وما ينشأ عن ذلك من نزاع.

في حين يتدخل القضاء في إطار الوظيفة الولائية ليس لإزالة عقبة مادية ناتجة عن تطبيق القاعدة القانونية في الحياة العملية ، بل يتدخل لإزالة عقبة من صنع المشرع نفسه ، هذه العقبة تعمل في نطاق دائرة القانون التي يتحرك فيها الفرد في المجتمع على شل قدرة الإرادة على إنتاج الأثر القانوني ، حيث تصبح الإرادة الفردية- في الحياة القانونية- قاصرة على ترتيب الأثر القانوني إلا بتدخل من القضاء[1].

ومن الخطأ أن يعمل على إدراج العمل الولائي ، في نوع من الأعمال القانونية ، كاعتباره عملا إداريا أو عملا قضائيا ، أو اعتباره مزيجا من هذه الأعمال.

سنعود إلى هذه المسألة عندما نتطرق إلى معايير التمييز بين العمل الولائي ، عن العمل القضائي ولتوضيح ذلك أكثر فيما يلي:

المطلب الثالث
تمييز العمل الولائي عن العمل القضائي

يقوم القاضي بعملين ، العمل القضائي حسب التعريف الذي إنتهينا إليه والعمل الولائي وحتى لا يقع التداخل والخلط بينهما يجب البحث عن المعيار الذي يمكن على ضوئه التمييز بينهما ، وخاصة أنه في بعض الأحيان يتبادل العملان نفس الشكل ، فقد يصدر العمل القضائي في شكل العمل الولائي كأمر الآداء ، وقد يصدر العمل الولائي في

1- نبيل إسماعيل عمر ، قانون أصول المحاكمات المدنية ، ص 242.
- إبراهيم نجيب سعد ، نفس المرجع ، ص 20.

شكل العمل القضائي كالحكم بإيقاع البيع بالمزاد العلني[1]، وتبعا لذلك، سنتطرق الى محاولات الفقه لتمييز العمل الولائي عن غيره استنادا إلى المعايير التالية:

أولا: المعيار الشكلي

حاول بعض الفقه وضع معايير التمييز بين العملين، فقد اعتنق البعض المعيار الشكلي، ويرى أن العمل الذي يقوم به القاضي يعتبر عملا ولائيا إذا صدر بناء على العريضة ودون تكليف الخصم بالحضور.

غير أن هذا المعيار لا يصلح للتمييز بين العمل الولائي والعمل القضائي، ذلك أن صدور الأمر في شكل أمر على عريضة لا يتوقف على الأعمال الولائية وحدها فهناك من الأعمال القضائية ما يصدر بناء على أمر على عريضة كأمر الأداء، كما أن تكليف الخصم بالحضور لا يعتبر معيارا لتحديد طبيعة العمل الولائي، فقد يشترط في بعض الأحيان لإصدار العمل الولائي أن يعلن الطرف الآخر كما هو الشأن بالنسبة للأمر بتسليم النسخة التنفيذية الثانية في حالة ما إذا فقد الخصم النسخة التنفيذية الأولى. وهو الحكم الذي تقضي به المادة 603 من قانون إجراءات المدنية والإدارية.

علاوة على ذلك فإن الأعمال الولائية التي تصدر بناء على عريضة تعد نوعا من هذه الأعمال الولائية ولكنها لا تستغرق كل الأعمال الولائية التي تصدر في شكل أمر على عريضة، بل هناك من الأعمال الولائية ما يصدر في شكل حكم مثل الحكم بإيقاع البيع بالمزاد العلني[2] وبالرغم من ذلك فلا يعتبر من الأعمال القضائية.

إن هذا المعيار قاصر على تمييز العمل الولائي ويغفل الجانب الجوهري له، وطبيعته الذاتية ويستعين بالعنصر الخارجي.

1- أبو الوفاء، إجراءات التنفيذ، الدار الجامعية، بيروت، ص 553، 554.
- أمينة النمر، أوامر الأداء في القانون المصري والتشريعات الأجنبية ط 2، سنة 1970 م ،ص 33.
- نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، ص 241.
2- فتحي والي، التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، سنة 1971، ص 459.

ثانيا: معيار سلطة القاضي

ذهب البعض من الفقه إلى البحث عن معيار آخر لتمييز العمل الولائي عن العمل القضائي ويرى أن العمل الولائي هو الذي يقوم على فكرة مدى سلطة القاضي، أن هذا الأخير يتمتع بسلطات واسعة في العمل الولائي غير مقيدة بقواعد الإثبات وله سلطة تقديرية واسعة، في حين تكون سلطاته مقيدة في العمل القضائي، ويؤكد أن القاضي في قضاء المنازعات يقرر حقوقا سابقة بينما في العمل الولائي يقرر حقوقا مستقبلية[1].

غير أن هذا المعيار بدوره لا يصلح لتمييز العمل الولائي عن العمل القضائي ذلك أنه إذا كان القاضي يتمتع بسلطات واسعة في العمل الولائي فإنه في بعض الأحيان يفقد هذه السلطة كما هو الحال بالنسبة للحكم بإيقاع البيع بالمزاد العلني أو إثبات الوفاة أو الزواج أو الميلاد[2] في حين أنه قد يتمتع بسلطات واسعة في العمل القضائي كما هو الحال بالنسبة لدعوى فسخ العقد أو دعوى التطليق أو منح مهلة للمدين لأجل الوفاء، وتقرير التعويض[3].

ثالثا: معيار العمل المنشيء

بينما اتجه بعض الفقه إلى تعريف العمل الولائي على أنه عمل منشيء، يرمي إلى إنشاء مراكز قانونية جديدة، فهو دائما ذو أثر منشيء في حين أن العمل القضائي محله رابطة قانونية سابقة[4].

ويرى هذا الفقيه أن القانون قد يشترط بعض الشروط من أجل إنتاج الأثر القانوني لإعلان إرادة الأفراد، وقد تكون من هذه الشروط تدخل موظف الدولة بتوثيق الإعلان، للتحقق من توافر العناصر الموضوعية والشكلية التي يتطلبها القانون أو مجرد تلقي الإعلان.

1- إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 96.
2- فتحي والي، قانون القضاء المدني، ص 33.
3- أحمد المليجي، المرجع السابق، ص 142.
4- فتحي والي، المرجع السابق، ص 34.

وفي هذه الظروف لا تستطيع الإرادة وحدها تكوين مراكز قانونية إلا بتدخل الدولة. ولذلك تصبح الإرادة عاجزة عن تحقيق هذا الأثر إلا بمشاركة الدولة بنشاطها إلى جانب الأفراد أصحاب المصلحة في إنشاء مراكز قانونية ، وعمل الدولة هنا عمل ولائي[1].

إن هذه النظرية لا تصلح لتمييز العمل الولائي ذلك أنه إذا كانت بعض الأعمال الولائية قد ترمي إلى إنشاء مراكز قانونية جديدة فإن الأعمال الولائية ليست كلها أعمالا منشئة بل هناك من هذه الأعمال ما يعتبر أعمالا تقريرية ، مثل الأمر بتسجيل عقد الزواج أو بتسجيل شهادة الميلاد أو شهادة الوفاة وغيرها كما أن هناك من الأعمال القضائية ما يعتبر أعمالا منشئة مثل الحكم بفسخ العقد أو التطليق أو إبطال العقد أو شهر الإفلاس أو حل الشركة وهي الأحكام التي يؤكد نفس الفقيه أنها أحكام منشئة[2] ولذلك فإن الطبيعة الإنشائية لا يتميز بها العمل الولائي وحده ، بل يوجد من الأعمال القضائية ما يعتبر أعمالا منشئة ، وعلى ذلك لا يصلح هذا المعيار لتمييز العمل الولائي عن العمل القضائي.

رابعا: معيار طبيعة العقبة

يعتنق اتجاه في الفقه والقضاء فكرة عدم وجود النزاع ، فيرى أن العمل الولائي هو الذي يصدر من القاضي دون أن يكون هناك نزاع بين الطرفين[3].

ونرى إلى جانب بعض الفقه أن المعيار الذي يقوم على فكرة عدم وجود النزاع هو الذي يجب إعتناقه[4] ذلك أننا نجد القاضي في العمل الولائي لا يتدخل إلا لإزالة العقبة القانونية التي وضعها المشرع أمام إرادة الأفراد ، فهو لا يواجه نزاعا ناشئا عن تطبيق القانون في الحياة العملية.

1- فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 35.

- أحمد المليجي ، المرجع السابق ، ص 146.

2 - فتحي والي ، قانون القضاء المدني ، ص 121.

3 - إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 98.

4 - قرار رقم 247709 المؤرخ في 2000/12/6 الصادر عن المحكمة العليا الغرفة المدنية ، غير منشور ، حيث صرح فيه بنقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة على اعتبار أنه تم الطعن بالاستئناف في أمر صادر على ذيل العريضة ، غير جائز الطعن فيه بالاستئناف.

أما في العمل القضائي فإن القاضي يواجه عقبة مادية ليست من صنع المشرع وإنما هي ناجمة عن ممارسة الأفراد لحقوقهم وتعارض مصالحهم نتيجة تطبيق القاعدة القانونية في الحياة الإجتماعية[1] فتنشأ الحاجة إلى إزالتها.

فالملكية تتمتع بالحماية القانونية ، وتتمثل هذه الحماية في احترام الكافة لهذه الملكية وعدم الإعتداء عليها ، وهذا هو التطبيق التلقائي للقاعدة القانونية غير أنه قد يقع اعتداء على حق الملكية وهذا الإعتداء يشكل العقبة المادية الأمر الذي ينشيء الحاجة إلى إزالتها ، وبما أن الفرد محظور عليه أن يأخذ حقه بيده ، ولا يستطيع أن يتدخل بنفسه لإزالة هذه العقبة لأن الدولة هي التي تتدخل لإزالتها ، وعمل الدولة هنا عمل قضائي. فعندنا يتدخل القاضي لإزالة العائق الذي يحول دون التطبيق التلقائي للقاعدة القانونية والذي يؤدي إلى تعكير السلم الإجتماعي فإن تدخله ذلك يدخل في إطار الوظيفة القضائية.

في حين أن النشاط الذي يضطلع به القاضي – يدخل في إطار الوظيفة الولائية- إذا كان يقوم بإزالة العقبة القانونية التي وضعها المشرع والتي شلت إرادة الأفراد وجعلتها غير قادرة على إنتاج الأثر القانوني. وطبقا للأصل العام المقرر في التشريعات الحديثة فإن الإرادة طليقة غير مقيدة إذ تستطيع أن تنشيء الأثر القانوني كيف ما شاءت وأرادت ، وهذا ما يعبر عنه بمبدأ سلطان الإرادة. غير أن هذا المبدأ قد ترد عليه بعض الإستثناءات ، فقد يتدخل المشرع للحد من سلطان الإرادة ، ويطلق على هذا التدخل إسم الشكلية[2] وتبعا لذلك تصبح الإرادة غير قادرة على إنتاج الأثر القانوني إلا باحترام الشكل الذي يفرضه المشرع[3].

فإذا أريد ترتيب الأثر القانوني فلابد من اجتماع أمرين: الأول وجود الإرادة والثاني استيفاء الشكل الذي يتطلبه القانون ، وبذلك تصبح الشكلية بمثابة العقبة التي يضعها المشرع للحد من الإرادة وفعاليتها.

---

1 - إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 89.
2 - فتحي والي ، نظرية البطلان ، ص 148.
3 - أحمد المليجي ، المرجع السابق ، ص 137؛
- نبيل اسماعيل عمر ، الأوامر ص 31.

وللتمييز بين العمل الولائي والعمل القضائي يجب أن ينصب المعيار على طبيعة العقبة . فإذا كانت من خلق الأفراد ونشأت عن عدم فعالية القاعدة القانونية في الحياة الإجتماعية فإن العمل الذي يهدف إلى إزالتها عمل قضائي . بينما إذا كانت العقبة ليست من خلق الأفراد وغير ناجمة عن عدم فعالية القاعدة القانونية وإنما كانت من خلق المشرع نفسه . حيث تعتبر الإرادة عاجزة عن ترتيب الأثر القانوني فهنا لا بد من اللجوء إلى القضاء لإزالتها . لأن العمل الذي يهدف إلى إزالة هذه العقبة هو عمل ولائي . فالحكم بالطلاق لا يواجه القاضي فيه عدم فعالية القاعدة القانونية وإنما يواجه فيه عدم فعالية الإرادة لترتيب الأثر . فالقاضي لا يحل أي نزاع لأن الطلاق يعتبر حقا للرجل يستطيع أن يستعمله كيف ما شاء وأراد . دون أن ينشأ حق اعتراض للزوجة . ذلك أن الشخص لا يعتدي على أحد عندما يستعمل حقه.

غير أن المشرع قد يتدخل لتنظيم استعمال هذا الحق . فإذا أراد أن يستعمل حقه في الطلاق فيجب عليه أن يحترم الشكل الذي يحدده القانون . فإذا أراد أن يرتب الأثر القانوني وهو الطلاق فلا بد من اللجوء إلى القضاء لإزالة هذه العقبة ويمكن اختصار ذلك في المعادلة التالية:

أي: التعبير عن الإرادة + إزالة العقبة القانونية = الأثر القانوني.

التعبير عن الإرادة + الشكل = الأثر القانوني (الطلاق).

أو

تعبير الوالي عن إرادته + إذن القاضي = ترشيد القاصر.

إن القاضي لم يحل أي نزاع وإنما قام بتكملة الإرادة . غير أن هناك من الفقه من اعترض على هذا المعيار . ويرى أنه بالرغم من بساطته فإنه يصعب في كثير من الأحيان تحديد طبيعة العمل الذي يصدره القاضي . منها فكرة صدور العمل أثناء وجود النزاع . وفكرة احتمال النزاع الذي يستجد بصدد العمل الولائي . وأخيرا فكرة النزاع الظاهري أو الصوري الذي يخلقه المشرع أو الخصوم أنفسهم [1].

1 - فتحي والي ، قانون القضاء المدني ، ص 35.

وكما رأينا فيما سبق أن العمل الذي يهدف إلى إزالة عقبة قانونية هو عمل ولائي.

ولذلك فإن العمل القضائي هو الذي يهدف إلى إعادة الفعالية للقاعدة القانونية. فهو يواجه حل نزاع فعلي وليس صوريا أو ظاهريا من جهة، ومن جهة أخرى لا يوجد في عالم القانون ما يسمى بالنزاع الصوري أو الظاهري بل يوجد نزاع حقيقي.

والخلاصة التي يمكن أن ننتهي إليها هي: أن العمل القضائي هو الذي يهدف إلى حسم نزاع ناشيء عن عدم فعالية القاعدة القانونية في الحياة الاجتماعية، مما يقتضي تدخل من شخص يمثل الدولة ليعيد لها الفعالية اللازمة، ويجب أن يقع هذا العمل طبقا للشكل المقرر قانونا.

في حين أن العمل الولائي فهو الذي يهدف إلى إعادة الفعالية للإرادة بسبب وجود العقبة القانونية وحتى يمكن للإرادة أن تنطلق من جديد لترتيب الأثر القانوني فلا بد أن يزيل القضاة هذه العقبة من أمامها.

هذا بعد أن إنتهينامن دراسة العمل الولائي وتمييزه عن غيره من الأعمال القانونية الأخرى، وانتقل في المبحث الأخير إلى دراسة شكل ممارسة العمل الولائي كما يلي:

المبحث الثالث
وسيلة ممارسة العمل الولائي
"أو الأوامر على العرائض"

ان الوظيفة الأساسية للمحاكم هي الفصل في المنازعات وهي تتضمن الإلزام والأمر، وإلى جانب هذه الوظيفة تمارس المحاكم وظيفة أخرى لا تتضمن الالزام والأمر بل تتضمن فقط الأمر وهذه الوظيفة هي الوظيفة الولائية وهي أقرب إلى الإدارة منها إلى القضاء[1].

وتبعا لذلك سأقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

1- أبو الوفا، المرافعات، ص 787، 788.

المطلب الأول: حالات إصدار الأمر و إجراءاته.
المطلب الثاني: الجهة القضائية المختصة باصدار الأمر وسقوطه.
المطلب الثالث: التظلم من الأمر.

والى تفصيل ذلك على الوجه التالي:

المطلب الأول
حالات إصدار الأمر و إجراءاته

سأتناول في هذا المطلب حالات إصدار الأمر أولا ثم إجراءات اصداره ثانيا على النحو التالي:

أولا: حالات إصدار الأمر: لقد ورد في المادة 310 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حالات إصدار الأمر وهو أن يصدر الأمر على العريضة في الطلبات الرامية إلى إثبات الحالة أو توجيه الإنذار أو إجراء الاستجواب في موضوع لا يمس بحقوق الأطراف.

وقد وردت حالات منصوص عليها في نصوص متفرقة سواء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أو في قانون الأسرة أو في القانون التجاري أو المدني وغيرها على أن السؤال يبقى مطروحا حول متى يجوز استصدار الأمر على العريضة فهل يجوز استصدار الأمر ولولم يوجد نص خاص في القانون ؟

أو بعبارة أخرى حول ما إذا كانت الأوامر على العرائض وردت على سبيل الاستثناء حيث لا يقبل الطلب إلا بناءا على نص خاص في القانون أم أنه يخضع لقاعدة عامة يجوز استصدار الأمر كلما توافرت الشروط لاستصداره حتى ولولم يوجد نص خاص في القانون ؟

إذا فما هي هذه الشروط التي يجب توافرها لاستصدار الأمر على العريضة ؟

والقاعدة أن القاضي لا يمارس هذه الوظيفة إلا في الأحوال التي وردت فيها نصوص خاصة أي انه لا يمارس هذه الوظيفة إلا على سبيل الاستثناء ذلك فقد انتهينا إلى تبيان أن الأصل أن إرادة الشخص طليقة تستطيع أن ترتب الأثر القانوني كيفما شاءت وأرادت مالم يتدخل المشرع للحد منها وتقييدها.

وتبعا لذلك فإن العمل الولائي يتعلق بنشاط الشخص في الحياة الإجتماعية فإذا كان الشخص حرا في إنتاج الآثار القانونية طبقا لمبدأ سلطان الإرادة غير أن المشرع قد يتدخل في بعض الأحيان ويقيد هذه الإرادة ولا تستطيع أن تنتج الأثر القانوني.

وبذلك فإن الالتجاء إلى الأمر على العريضة لا يكون إلا حين يتدخل المشرع لتقييد إرادة الشخص في إنتاج الأثر القانوني ولا يستطيع ذلك إلا بالالتجاء إلى القاضي.

وتبعا لذلك فإن العمل الولائي لا يكون إلا على سبيل الاستثناء حيث ينص القانون على ذلك ومن ثمة إذا كانت القاعدة العامة في العمل القضائي أن الشخص يلجأ إلى القضاء كلما وجد الشخص أنه في حاجة إلى الحماية القضائية في حين أن العمل الولائي لا يلجأ إليه الشخص إلا حين ينص القانون على ذلك صراحة فلا بد أن يستند الطالب إلى نص خاص في القانون مثل ما هو منصوص عليه في المادة 942من القانون المدني و المادة57 مكرر من قانون الأسرة و المادة 240من القانون التجاري و المادة 2/77 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانيا: إجراءات إصدار الأمر:

إن العمل الولائي يصدر بناءا على عريضة يقدمها الطالب دون اشتراط وجود خصمين من الناحية القانونية ومن ثم فإن طلب استصدار الأمر لا يخضع لمبدأ المواجهة و يصدر بغير تكليف الخصم بالحضور.

ويحقق انعدام المواجهة الهدف من اصدار الأمر,كما في حالة الحجز التحفظي فستطيع الدائن مباغتة المدين بتوقيع الحجز على أمواله قبل تهريبها, وتقدم العريضة من نسختين ويجب أن تكون معللة وهذا ما تنص عليه المادة 311 من قانون الإجراءات المدنية.

وهنا يقصد بالتعليل ذكر الوقائع التي تبرر إصدار الأمر مع الاشارة إلى المستندات التي تؤيد ما يرمي إليه الأمر مع تحديد موطن مختار لطالب الأمر في الدائرة التي يوجد بها مقر المحكمة المقدم إليها الطلب.

ولا يجب تقديم الطلب من محام طبقا لما تنص عليه المادة 5/312 من نفس القانون بل يمكن تقديمه من قبل الطالب نفسه و ينظر الطلب دون حضور طالب الأمر أو

الطرف الأخر المنتظر صدور الأمر ضده وينظر القاضي الطلب في غير جلسة ودون حضور أمين الضبط ويجب أن يفصل في الطلب خلال ثلاثة أيام من تاريخ إيداع الطلب طبقا لما تنص عليه المادة 310 من نفس القانون وتبعا لذلك يجب على المحكمة أن تفتح سجلا خاصا تقيد فيه الأوامر على العرائض على غرار السجل الخاص بتقييد عرائض إفتتاح الخصومة.

وإذا لم يفصل القاضي في الطلب خلال ميعاد ثلاثة أيام فلا يترتب على ذلك أي أثر على أساس أن هذا الميعاد من المواعيد التنظيمية لا يترتب على مخالفته أي بطلان.

ويقوم القاضي بدراسة الطلب والمستندات المؤيدة له فإذا تبين له احتمال وجود الحق أو المركز القانوني وأن هناك احتمال وقوع الضرر بالحق . وأن المطلوب مجرد إجراء لا يمس بأصل الحق المراد حمايته مؤقتا أصدر أمره وهذا ما تؤكد عليه المادة 310 المشار إليها على أن الأمر على العريضة ليس إلا أمرا مؤقتا لا يمس بحقوق الأطراف.

ويتمتع القاضي في العمل الولائي بالسلطة التقديرية الكاملة في قبول الطلب كليا أو جزئيا أو رفضه[1]، وهذا ما حدا ببعض الفقه أن يعتبر ما يتمتع به القاضي من السلطة التقديرية الكاملة معيارا للتمييز العمل الولائي عن العمل القضائي[2].

ومن المقرر فقها وقضاء فإن القاضي عندما يتمتع بالسلطة القضائية الكاملة فلا يلتزم بتسبيب أمره أو حكمه على خلاف ما ذهب إليه المشرع في المادة 2/311 من وجوب أن يكون الأمر على العريضة مسببا.

وما ذهب إليه المشرع يحالف ما هو مستقر عليه الرأي من أن الأوامر الولائية تخضع في إصدارها إلى السلطة التقديرية الكاملة للقاضي ومن ثمة لا تخضع إلى التسبب لأنه لا تطبق عليها قواعد الإثبات حتى يمكن مراقبة القاضي حول سلامة إحترام تلك القواعد وأن فكرة تسبيب الأمر تتناقض مع ما يتمتع به القاضي من السلطة التقديرية في إصدارها, بل يجب على القاضي أن يبين الوقائع والمستندات المؤيده, ثم ينتهي إلى قبول الطلب كليا أو جزئيا أو إلى رفض دون حاجة إلى تبيان أسباب القبول أو الرفض.

1- فتحي والي ، الوسيط ، ص 850.
2- إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 96.

المطلب الثاني
الجهة القضائية المختصة بإصدار الأمر وسقوطه

سأتطرق في هذا المطلب إلى دراسة الجهة القضائية المختصة بإصدار الأمر (أولا)، وفي حالة صدوره ولم ينفذ فإنه يتعرض إلى السقوط (ثانيا) ونرى ذلك كما يلي:

أولا: الجهة القضائية المختصة بإصدار الأمر:

تقدم العريضة إلى رئيس الجهة القضائية المختصة ، وهنا رئيس الجهة القضائية المختصة هو رئيس المحكمة ، وهذا ما تنص عليه المادة 2/310 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها ما يلي: "تقدم الطلبات .... إلى رئيس الجهة القضائية المختصة ....."

وتبعا لذلك ، فإن رئيس المحكمة هو المختص بالعمل الولائي أيا كان موضوعه ، ويتحدد الاختصاص المحلي للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها الإشكال أو التدبير المطلوب

وذلك طبقا لأحكام المادة 289 من نفس القانون لأن الأوامر الولائية هي أوامر وقتية يتحدد الاختصاص فيها طبقا لقواعد الاختصاص التي تخضع لها الأوامر المستعجلة.

ورئيس المحكمة له الولاية العامة في إصدار الأوامر الولائية غير أنه يستثني من القاعدة العامة بعض الأوامر الولائية المسندة بنصوص خاصة إلى قاضي الأسرة مثل تعيين مقدم بموجب أمر ولائي الحالة المنصوص عليها بالمادة 471 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا تعيين الكفيل طبقا للمادة 493 من نفس القانون وكذا الحالة المنصوص عليها بالمادة 523.

إن قاضي الأسرة يختص بإصدار الأوامر الولائية في تلك المسائل على سبيل الاستثناء وهذا لا يسلب من رئيس المحكمة إختصاصه في تلك المسائل إذا قدمت إليه لأنه هو صاحب الولاية العامة في إصدار الأوامر الولائية.

ثانيا: سقوط الأمر:

تنص المادة 3/311 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي:

"كل أمر على عريضة لم ينفذ خلال أجل ثلاثة أشهر من تاريخ صدوره يسقط ولا يرتب أي أثر"

إن الأمر على العريضة هو إجراء وقتي يواجه ظروفا قابلة للتغيير، لذلك نص القانون على انه إذا لم ينفذ الأمر خلال ميعاد ثلاثة أشهر من تاريخ صدوره يتعرض للسقوط.

ولا يترتب عليه أي أثر ولا يجوز التمسك والاحتجاج به في أي دعوى أو إجراء آخر فكأنه لم يصدر من القاضي.

وهذا السقوط يتعلق بمصلحة من صدر ضده فهو لا يتعلق بالنظام العام ومن ثمة فمن حق من صدر ضده أن يتمسك بالسقوط، و لا يجوز للمحكمة أن تثيره تلقائيا.

غير أن هذا السقوط لا يمنع من صدر الأمر لصالحه أن يستصدر أمرا جديد وحينئذ يقوم القاضي من جديد تقدير الظروف عند إصداره الأمر الجديد ولا يجوز رفض الطلب لسبق صدور نفس الأمر الذي تعرض للسقوط.

والطالب عندما يقدم العريضة إلى القاضي فهو ينتظر أن يصدر القاضي أمرا بالإستجابة إلى الطلب أو يصدر أمرا بالرفض.

والسؤال المطروح فما هي الطرق التي يمكن ولوجها للطعن في هذا الأمر سواء صدر بالقبول أو الرفض وهي الحالة التي أتطرق إليها فيما يلي:

المطلب الثالث
التظلم من الأمر

سأتطرق في هذا المطلب (أولا) عند تقرير القاضي قبول الطلب وإصدار الأمر المطلوب و(ثانيا) عندما يقرر رفض الطلب كليا أو جزئيا وذلك على الوجه التالي:

أولا: قبول الطلب و إصدار الأمر:

في حالة ما إذا قرر القاضي قبول الطلب وإصدار الأمر فإنه ومن حق من صدر الأمر ضده أن يطعن فيه بوسيلة التظلم منه وذلك بالرجوع إلى نفس القاضي الذي أصدر الأمر طبقا لما تقضي به المادة 312 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها ما يلي:

"في حالة الاستجابة إلى الطلب يمكن الرجوع إلى القاضي الذي أصدر الأمر للتراجع عنه أو تعديله"

غير أن هذا النص لم يبين الوسيلة التي يتم الرجوع بها إلى القاضي لطلب التراجع عن الأمر الذي أصدره فهل يمكن الرجوع إليه بنفس الوسيلة أي بناء على أمر على عريضة أم يتم الرجوع إليه عن طريق الدعوى أم يطعن فيه بالاستئناف أمام المجلس القضائي.

من المقرر فقها و قضاء أن التظلم من الأمر الولائي يكون بناء على عريضة افتتاح الخصومة ويخضع التظلم في الأمر إلى إجراءات رفع الدعوى أمام قاضي الامور المستعجلة ويكلف الخصم الآخر وهو الشخص الذي صدر الأمر لفائدته بالحضور.

إن التظلم في الأمر على العريضة يطرح منازعة قضائية تمارس بواسطة دعوى البطلان المبتدأة أمام المحكمة التي صدر عنها الامر ، ويفصل فيها كما يفصل في باقي الدعاوى الأخرى ، ويخضع الأمر الصادر في التظلم ما تخضع له الأوامر المستعجلة.

ويكرس الحكم الصادر في التظلم عملا قضائيا يطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام القضائية وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر عن الغرفة المدنية القسم الثالث بتاريخ 2007/04/18 رقم 429888 حيث جاء فيه ما يلي:

" حيث أنه وكما هو ثابت من القرار المطعون فيه ، أنه وقع الطعن بالاستئناف في الأمر على ذيل العريضة في حين الطعن بالاستئناف لا يكون إلا في الأحكام القضائية الفاصلة في منازعة قائمة بين خصمين.

في حين أن الأمر الصادر على العريضة يدخل ضمن الأعمال الولائية التي تخضع لنظام قانوني يختلف عن النظام القانوني الذي تخضع له الأحكام القضائية . ومن ثمة تخضع تلك الأوامر إلى طريق الطعن بالتظلم فيها أمام نفس الجهة القضائية التي صدر عنها هذا الأمر ، ويرفع التظلم بواسطة دعوى البطلان المبتدأة فلها أن تؤيد الأمر الصادر عنها ، أو تلغيه كلية أو تعدله جزئيا ويصدر عنها في هذه الحالة حكم قضائي يكون قابلا للطعن فيه بجميع طرق الطعن المقررة للأحكام القضائية.

وحيث أن قضاة الموضوع عندما انتهوا إلى قبول الطعن بالاستئناف في الأمر الصادر على ذيل العريضة قد خرقوا أحكام المادة 172 ق.ا.م. مما يعرض قضاءهم للنقض "

إن العبارة التي وردت في نص المادة 172 من قانون الإجراءات المدنية و التي تنص على أنه في حالة رفض الطلب يكون الأمر بالرفض قابلا للاستئناف غير دقيق و يقصد بذلك أن يكون التظلم أمام رئيس المجلس القضائي أي أن يخضع هذا الاستئناف إلى إجراءات العمل الولائي.

ثانيا: صدور الأمر برفض الطلب

فإذا انتهى الطلب إلى الرفض فإنه من حق الطالب أن يتظلم من هذا الأمر وهنا الأمر يختلف عن حالة الاستجابة إلى الطلب فمن حق من صدر الأمر ضده أن يتظلم منه إلى نفس القاضي الذي لم يسبق له أن استمع إلى دفاعه ولذلك فإن إمكانية الرجوع عن الأمر الصادر عنه ممكنة.

أما في حالة صدور الأمر برفض الطلب فإن الرجوع إلى نفس القاضي الذي سبق له أن اطلع على الطلب ومستنداته وانتهى إلى الرفض فالرجوع إليه من طرف نفس الخصم و طلب منه العدول عن الأمر الصادر عنه, فإن إمكانية العدول عن ذلك تكون غير ممكنة خاصة و أن نفس الظروف لم تتغير ولذلك رأى المشرع أنه في حالة رفض الطلب يكون الأمر بالرفض قابلا للاستئناف وهذا ما تنص عليه المادة 2/321 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها ما يلي:

" وفي حالة عدم الاستجابة إلى الطلب يكون الأمر بالرفض قابلا للاستئناف أمام رئيس المجلس القضائي"

إن المشرع ميز بين ما إذا صدر الأمر بقبول الطلب فيحق من صدر الأمر ضده أن يرجع إلى نفس القاضي ليطلب منه التراجع عن الأمر الذي أصدره.

وبين حالة رفض الطلب فيكون الأمر بالرفض قابلا للاستئناف [1] ، أمام رئيس المجلس القضائي.

وهنا السؤال يبقى مطروحا حول ما إذا كان يخضع هذا الاستئناف إلى إجراءات الطعن بالاستئناف بالطعن في الأحكام القضائية أم يخضع إلى إجراءات أخرى ؟ ان الأمر الولائي لا يعد من الأحكام القضائية وهو يخضع إلى نظام التظلم منه وقد انتهت المحكمة العليا

1- أنظر القرار الصادر بتاريخ 30 جوان 2004 رقم 328764 عن المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، القسم الأول ، غير منشور حيث جاء فيه ما يلي:

"حيث أن الطاعن ينعي على القرار المطعون فيه بدعوى أن المادة 172 من قانون الإجراءات المدنية تنص على أنه في حالة رفض الطلب يكون الأمر بالرفض قابلا للاستئناف إذا كان مصدره رئيس المحكمة من محاكم الدرجة الأولى وأن القضاء بعدم قبول الطعن بالاستئناف في الأمر الصادر بالرفض يعد انتهاكا لأحكام المادة المذكورة أعلاه مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض.

"وحيث أن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في غير محله ذلك أن التظلم من الأمر الصادر على ذيل العريضة يكون أمام القاضي الذي أصدره وذلك ما تقضي به المادة 944 من القانون المدني و ما تقضي به هذه المادة ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة بشأن التظلم من الأوامر الولائية.

أما التظلم من الأمر في حالة صدوره بالرفض يكون أمام رئيس المجلس طبقا لإجراءات الأعمال الولائية وذلك ما تقضي به المادة 945 من نفس القانون ومن ثمة لا يجوز الطعن بالاستئناف إلا في الأحكام القضائية الفاصلة في نزاع قضائي وبالتالي فإن قضاة الاستئناف عندما صرحوا بعدم قبول الطعن بالاستئناف في الأمر الولائي لم يخرقوا أية قاعدة إجرائية مما يتعين معه التصريح برفض هذا الوجه".

إلى الإجابة عن هذا التساؤل فأكدت في قرارها الصادر عنها بتاريخ 2011/02/17 رقم 652841 إذ جاء فيه ما يلي:

"حيث أن الطاعنة تعيب على القرار المطعون فيه بدعوى أنه طبقا لأحكام المادة 312 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بدعوى أن الأمر الصادر على ذيل العريضة القاضي برفض الطلب يكون قابلا للاستئناف أمام رئيس المجلس القضائي، في حين أن الاستئناف المرفوع عن الامر القاضي برفض الطلب وقع أمام الغرفة الإستعجالية بينما أن هذه الأخيرة غير مختصة بنظره مما يعد ذلك خرقا لأحكام المادة المذكورة أعلاه يعرض القرار المطعون فيه للنقض.

وحيث أن ما تعيبه الطاعنة على القرار المطعون فيه في محله ذلك ان الطعن بالاستئناف في الأمر الصادر على ذيل العريضة الذي صرح فيه برفض الطلب، يطعن فيه بالاستئناف أمام رئيس المجلس القضائي طبقا لأحكام المادة 312 المشار إليها.

وحيث أن الأمر الصادر على ذيل العريضة يعد من الأعمال الولائية وبالتالي يفصل فيه رئيس المجلس طبقا لإجراءات الأعمال الولائية ومن ثمة يحدد إختصاصه بالنظر فيه في إطار وظيفته الولائية.

وحيث أن الفصل في هذا الاستئناف من طرف الغرفة طبقا لإجراءات الطعن بالاستئناف التي تخضع لها الأحكام القضائية الفاصلة في نزاع بين خصمين هو خرق لأحكام المادة المذكورة أعلاه مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض"[1].

وتبعا لذلك يجب أن يرفع التظلم من الأمر الصادر بالرفض أمام رئيس المجلس القضائي طبقا لإجراءات الأعمال الولائية دون دعوة الخصم الآخر بالحضور و يفصل رئيس المجلس فيه إما بتأييد الأمر الصادر و إما بإلغائه و التصريح بقبول الطلب و إصدار الأمر بالإستجابة إلى الطلب دون حضور النيابة العامة أو أمين الضبط أي أن يتبع رئيس المجلس نفس إجراءات إصدار الأوامر الولائية المتبعة أمام رئيس المحكمة.

---

1 - منشور بالمجلة القضائية، الصادرة عن المحكمة العليا، عدد 02 لسنة 2011، ص 122.

غير أن السؤال يبقى مطروحا حول الأمر الصادر عن رئيس المجلس القضائي فما هي طرق الطعن التي يمكن ولوجها حول هذا الأمر سواء صدر برفض التظلم و تأييد الأمر أو صدر بإلغاء الأمر و القضاء من جديد بقبول الطلب وإصدار الأمر؟

أن قانون الإجراءات المدنية القديم و الجديد, لم يتطرقا إلى هذه المسألة, بل سكتا عنها, و من ثم يجب الرجوع إلى احكام القواعد العامة التي تخضع لها الاوامر الولائية,فيمكن التظلم من الأمر الصادر عن رئيس المجلس, سواء صدر بتأييد الأمر المتظلم منه, أو صدر بالغاء الأمر و الاستجابة إلى الطلب, امام نفس الجهة القضائية, على غرار اجراءات التظلم من الأمر الصادر عن رئيس المحكمة, و هنا يجب أن يفصل في التظلم من الهيئة الجماعية, و تصدر في هذه الحالة قرارا قضائيا, يخضع لطرق الطعن المقررة للأحكام القضائية الصادرة في آخر درجة, يطعن فيه أمام المحكمة العليا.

و ترتيبا على كل ذلك يمكن القول:أن العمل القضائي هو الذي يهدف إلى حسم نزاع ناشئ عن عدم فعالية القاعدة القانونية في الحياة الإجتماعية مما يقتضي تدخل شخص يمثل الدولة ليعيد لها الفعالية اللازمة متبعا في ذلك الأشكال المقررة قانونا.

أما العمل الولائي فهو الذي يهدف إلى إعادة الفعالية اللازمة للإرادة بسبب وجود العقبة القانونية مما يقتضي تدخل شخص يمثل الدولة لإزالة هذه العقبة لكي تتمكن الإرادة ان تنطلق من جديد لترتيب الأثر القانوني و التي كانت عاجزة عنه بسبب وجود هذه العقبة

ومن ثمة فإن العمل القضائي يخضع لنظام قانوني يختلف عن النظام القانوني الذي يخضع له العمل الولائي سواء من حيث الحجية أو من حيث التسبيب أو المواجهة

هذا بعد أن انتهينا من دراسة الباب الأول الذي تناولنا فيه وسيلة حماية الحق أو المركز القانوني وتطرقنا فيه إلى فكرة الدعوى القضائية وشروط قبولها أمام القضاء و تقسيماتها المختلفة ، وأخيرا تناولنا محل هذه الدعوى ونقصد به العمل القضائي وتمييزه عن غيره من الأعمال القانونية الأخرى التي يضطلع بها القاضي.

والآن أنتقل إلى دراسة الباب الثاني الذي أتناول فيه أداة إستعمال الحق في الدعوى وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

الباب الثاني
أداة استعمال الحق في الدعوى

تمهيد وتقسيم

تتمتع الحقوق والمراكز القانونية بالحماية القانونية ، ما يسمح لصاحبها بالإنتفاع بها دون أن يعترض أحد سبيله في استغلالها أو استعمالها أو التصرف فيها ، وبذلك يتم تطبيق القاعدة القانونية من قبل المخاطبين بها تلقائيا .

غير أن الأمور لا تسير دائما على هذا الوجه ، بل قد يقع إعتداء على أحد هذه الحقوق أو المراكز القانونية ، حيث تصبح الحماية القانونية عاجزة عن تخويل الشخص التمتع بحقه أو مركزه القانوني ، مما يتطلب الأمر أن يتدخل الغير يمثل الدولة لإعادة الفعالية اللازمة للقاعدة القانونية التي وقع التجهيل بها.

وبمجرد وقوع الاعتداء على الحق أو المركز القانوني ينشأ لصاحبه حق آخر يسمى بالحق في الدعوى ، وهو من الحقوق الإرادية .

ويتوقف استعمال الحق الإرادي على إرادة صاحبه ، فهو حر في استعماله فإذالم يستعمله فلا يقع عليه أي التزام يمكن الإخلال به ، فإذا قرر صاحب الحق استعماله فيجب أن يتم وفق الشكل القانوني ، ويخضع إستعمال الحق في الدعوى إلى الشكل المقرر قانونا وهو الطلب القضائي ، ويقدم بواسطة عريضة إفتتاح الخصومة .

وينشأ عن هذا الإستعمال للحق في الدعوى مجموعة من الآثار القانونية ، من أهمها إنشاء الخصومة القضائية وقطع التقادم وحساب الفوائد التأخيرية وغيرها من الآثار القانونية الأخرى.

وقد يعترض مسار الخصومة القضائية عوارض تؤدي إلى توقفها أو إلى إنقضائها ، وهكذا يتوج مسار الخصومة بصدور الحكم قد ينهي الخصومة وقد لا ينهيها .

وتبعا لذلك سأتطرق في هذا الباب إلى دراسة وسيلة إستعمال الحق في الدعوى ، وإلى الآثار المترتبة عن هذا الإستعمال ، ثم إلى عوارض الخصومة ، وأخيرا إلى إصدار الحكم في موضوع الدعوى.

ولذلك سأقسم هذا الباب إلى الفصول التالية:

الفصل الأول: في استعمال الحق في الدعوى.
الفصل الثاني: في آثار الطلب القضائي.
الفصل الثالث: في عوارض الخصومة.
الفصل الرابع: في إصدار الأحكام القضائية.

الفصل الأول
في استعمال الحق في الدعوى

مقدمة

الحق في الدعوى .كما بينا .ينشأ في الحياة القانونية قبل إستعماله ، وهو يستعمل بواسطة الطلب القضائي ، وهذا الأخير قد يكون أصليا وقد يكون عارضا وقد يستعمل الحق في الدعوى بواسطة الدفوع ، ولذلك فإن الحق في الدعوى له وجهان: وجه إيجابي يجسد الحق الذي يطلب المدعي الحكم له به ، ووجه سلبي يجسد الدفوع التي يتمسك بها المدعى عليه في الدعوى ، وهذا الأخير قد لا يتخذ موقف الدفاع بل قد يطور دفاعه إلى الهجوم.

وتبعا لذلك سأتطرق إلى دراسة هذا الموضوع بتقسيمه إلى المباحث التالية:

المبحث الأول: في الطلب القضائي الأصلي.
المبحث الثاني: في الطلب القضائي العارض.
المبحث الثالث: في الدفوع.

وسأتناول هذه المسائل على الوجه التالي:

المبحث الأول
الطلب القضائي الأصلي

مقدمة

يستعمل الحق في الدعوى بواسطة أداة فنية تسمى بالطلب القضائي ، وهو يتكون من مجموعة من العناصر ، وتحديد العناصر المكونة له من المسائل الأولية التي يجب حسمها منذ البداية ، بحيث يجب على القاضي أن يقوم بعملية فنية تتمثل في استخلاص تلك العناصر بطريقة صحيحة ، وبذلك يكون قد سار في الإتجاه السليم .

واستخلاص العناصر المكونة للطلب القضائي يعني استخلاص الوقائع المنتجة في الدعوى ، وتمثل تلك العناصر المكونة للطلب القضائي الجانب الواقعي للدعوى .

وتبعا لذلك ، فإن الفصل في أية قضية يتوقف على استخلاص هذا الواقع إستخلاصا صحيحا ، لأن تطبيق القانون يتوقف على سلامة إستخلاص الواقع بطريقة صحيحة ، دون تغييره أو تحريفه.

إن التصدي لدراسة أية قضية دون الأخذ بعين الإعتبار لهذه العناصر .والقيام بعملية الفرز لها والتي يمكن أن تتشابك مع بعض الوقائع غير المنتجة في الدعوى .تعد دراسة مبنية على الإرتجال ، والنتيجة التي يتوصل إليها هي نتيجة عفوية غير مأمونة الجانب .

وتبعا لذلك ، فإن الدراسة العلمية هي التي تنطلق من تحديد عناصر الطلب القضائي ، فتكون النتائج التي تتمخض عنها صحيحة مطابقة للقانون ، وهذه العناصر هي: الأشخاص ، والمحل (الموضوع) ، والسبب ، وترتيبا على ذلك ، سأتطرق لدراسة الطلب القضائي بتقسيمه إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: عنصر الأشخاص.
المطلب الثاني: عنصر المحل أو الموضوع.
المطلب الثالث: عنصر السبب.

وإلى تفصيل هذه المسائل كما يلي:

المطلب الأول
عنصر الأشخاص

يقصد بأشخاص الطلب القضائي الخصوم وهما: المدعي الذي يقدم الطلب باسمه، والمدعى عليه الذي يقدم الطلب في مواجهته.

ويفترض في كل طلب قضائي وجود خصمين، لأن صحة الطلب القضائي تستوجب وجود الشخص من الناحية القانونية[1].

والشخص قد يكون موجودا من الناحية القانونية وقد يكون غير موجود، وقد يكون موجودا لكنه يصبح غير قادر على القيام بالأعمال القانونية. لأنه لا يتمتع بالأهلية القانونية اللازمة.

وتبعا لذلك سأقسم هذا المطلب إلى فرعين: أتناول في الأول تحديد فكرة الخصم، وفي الثاني تحديد الأهلية القانونية اللازمة التي يجب توافرها لدى الخصم، حتى يعتد القانون بوجوده وبالأعمال التي يقوم بها، وإلى تفصيل ذلك:

1- أنظر القرار الصادر في 2011.05.19 رقم 657448 عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القسم الثالث، غير منشور، إذ جاء فيه ما يلي:

" حيث أنه وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه، يتبن منه أن قضاة الموضوع انتهوا إلى اعتبار مفتشية الأقسام الجمركية لولاية الطارف خصما في الدعوى تتمتع بأهلية التقاضي، في حين أن المادة 280 من قانون الجمارك تنص على ما يلي:" تمثل إدارة الجمارك أمام القضاء في الدعاوى التي تكون طرفا فيها من قبل أعوانها، خاصة من قبل قابض الجمارك دون أن يكون هؤلاء ملزمين بتقديم تفويض خاص لذلك"

وتبعا لذلك، فإن الإدارة العامة للجمارك هي التي تثبت لها أهلية التقاضي في حين إدارة الجمارك على مستوى الولاية أو مفتشية الأقسام الجمركية على مستوى الولاية، ليست إلا هيكلا إداريا لا يتمتع بالوجود القانوني، وكل ما يثبت لأعوان الجمارك سوى صفة تمثيل الإدارة العامة أمام القضاء.

ولذلك يجب أن تكون إدارة الجمارك خصما في الدعوى، ويظهر أعوانها على صعيد الإجراءات كممثلين لها، فإدارة الجمارك هي التي تتمتع بأهلية الاختصام، في حين أعوانها يتمتعون بالصفة الإجرائية، ومن ثمة يجب أن تكون الإدارة العامة للجمارك خصما في الدعوى يمثلها أعوانها أمام القضاء

وحيث أن قضاة الموضوع عندما اعتبروا مفتشية الأقسام الجمركية على مستوى الولاية خصما تتمتع بالوجود القانوني قد خالفوا أحكام المادتين: 49 و 50 من القانون، مما يعرض قرارهم للنقض ".

الفرع الأول
تحديد فكرة الخصم

يجب أن يتكون كل طلب قضائي من شخصين: الأول الذي يقدم الطلب باسمه يسمى المدعي ، والثاني الذي يوجه الطلب ضده يسمى بالمدعى عليه ، وقد يتدخل شخص من الغير في الخصومة ، وقد يقوم أحد الخصمين الأصليين: المدعي أوالمدعى عليه بإدخال الغير في الخصومة.

وقد ثار التساؤل حول فكرة الخصم ، فهل يعد كل شخص يظهر على صعيد إجراءات الخصومة القضائية خصما ؟ أم يجب أن ينصرف مفهوم الخصم إلى الشخص الذي تنصرف إليه آثار الحكم حتى ولو لم يظهر على صعيد إجراءات الخصومة ؟

وقد اختلف الرأي حول الإجابة عن هذا السؤال ، غير أن الرأي الراجح في الفقه وهو الرأي الذي نعتنقه ، هو الذي يرى أن الخصم هو كل شخص يقدم الطلب القضائي باسمه أو في مواجهته ، وبذلك ينطبق وصف الخصم على كل أطراف الخصومة القضائية الأصليين: المدعي والمدعى عليه ، وعلى كل من يتدخل أو يختصم فيها[1].

وتبعا لذلك ، فإن الخصم الأول الذي يقدم الطلب القضائي لا يعتبر طوال الإجراءات مدعيا ، بل قد يتحول إلى مدعى عليه ومن ثمة إذا قام المدعى عليه الأصلي بإعادة السير

1- فتحي والي ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص 294.
- أنظر القرار الصادر في: 2010.12.23 رقم 633781 عن المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، القسم الثالث ، غير منشور ، إذ جاء فيه:
" حيث أن المطعون عليه تمسك بعدم قبول عريضة الطعن استنادا إلى أن الطاعنين أغفلا ذكر اسم الشخص المعنوي الذي كان طرفا في القرار محل الطعن ، ويتمثل هذا الشخص الاعتباري في الشركة المدنية المهنية للمحضرين.
وحيث أن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في غير محله ، ذلك أن الشركة المدنية المهنية للمحضرين لا تعد طرفا في الخصومة القضائية القائمة بين الطاعنين والمطعون عليه.
ذلك أنه لا يعتبر كل شخص ظهر على صعيد الإجراءات خصما ما لم يقدم طلبا أو يقدم ضده طلبا أو دفعا ، في حين المحضر لا يعد خصما في الدعوى فهو لا يتمسك بأي حق في مواجهة أحد الخصمين أو في مواجهتهما معا ، بل هو يعد ضابطا عموميا يقوم بوظيفة التنفيذ ، يخضع في عمله إلى أحكام القانون "

في الدعوى فإن مركزه لا يتغير باعتباره مدعى عليه ، مادام لم يوجه إلى المدعي أي طلب وهذا على خلاف ما درجت عليه بعض الأحكام القضائية ، من اعتبار المدعى عليه إن عجل السير في الدعوى الأصلية مدعيا أو مرجعا ، وهو الخطأ الشائع في العمل ، والصحيح أن يبقى كل طرف محتفظا بمركزه القانوني ، ولا يتغير مركز الخصم إلا إذا بادر المدعى عليه إلى تقديم طلب عارض ، فإنه يتحول بالنسبة لهذا الطلب من المدعي عليه الأصلي إلى المدعى ، وتترتب على تحديد مركز الخصم مجموعة من الآثارالقانونية تتعلق بالخصومة وإجراءاتها فيقع على عاتق المدعي عبء الإثبات ، كما أن الخصومة تسقط بعدم السير فيها من قبل المدعي وتختلف قواعد الحضور والغياب بالنسبة لكل من المدعي والمدعى عليه ، ويتحدد إختصاص المحكمة محليا بموطن المدعى عليه ، وهذا الأخير هو آخر من يتكلم ، وقاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية يختلف أثرها بالنسبة لكل من المدعي والمدعى عليه[1].

ويترتب على تقديم الطلب القضائي إنشاء الخصومة ، وتبعا لذلك ينشأ عنها مركز قانوني إجرائي يختلف عن المركز القانوني الموضوعي محل الحماية القضائية .

وترتيبا على ذلك ، فإن زوال المركز الإجرائي لا يؤدي إلى زوال المركز الموضوعي ، ولا يترتب على سقوط الخصومة سقوط الحق الموضوعي ، وهذا ما تقضي به المادة 226 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولكي يصبح الطلب القضائي صحيحا ، يستوجب القانون أن يتوافر في الخصم الأهلية اللازمة ، وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي :

1- نجيب إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 545.

الفرع الثاني
يجب توافر في الخصم الأهلية اللازمة

يشترط القانون لصحة العمل الإجرائي أن يتحقق وجود الشخص من الناحية القانونية ، وأن يكون قادرا على مباشرة الأعمال الإجرائية أمام القضاء ، أي يشترط أن تتوافر لدى الخصم الأهلية اللازمة ، وهي تنقسم إلى أهلية الإختصام والأهلية الإجرائية.

وتبعا لذلك سأتناولهما بالتفصيل كما يلي:

أولا: أهلية الاختصام (أو أهلية الوجوب)

يقصد بأهلية الاختصام ما يتمتع به الخصم من الحقوق الإجرائية وما يتحمله من الواجبات والأعباء الإجرائية ، وبعبارة واحدة فإن أهلية الإختصام منظور إليها من زاوية أهلية الوجوب ، وهذه الأخيرة يقصد بها صلاحية الشخص لإكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات ، فهي تعني وجود الشخص من الناحية القانونية ، سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا[1].

1- أنظر القرار الصادر في 2009/10/22 رقم 508080 عن المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، القسم الثالث ، إذ جاء فيه ما يلي:

" حيث أنه وكما هو ثابت من أوراق القضية ، أن الدعوى تم رفعها من قبل إدارة أملاك الدولة لولاية بومرداس ضد المطعون ضده.

وحيث أنه إذا كان مديرو أملاك الدولة يتمتعون بالصفة الإجرائية في تمثيل وزير المالية في القضايا التي يكون فيها طرفا أمام القضاة ، غير أنهم لا يتمتعون بأهلية الاختصام إذ ليس لهم وجود قانوني ، وبالتالي لا يتمتعون بالشخصية المعنوية.

وتبعا لذلك فإن الدعوى يجب أن ترفع على أو من الشخص المعنوي العام الذي يعترف له القانون بالوجود القانوني ، في حين يتولى تمثيله من يفوض عن هذا الشخص ، وهذا ما يؤكد عليه القرار الوزاري المؤرخ في: 20 فبراير 1999 الذي يتضمن تأهيل أعوان إدارة أملاك الدولة والحفظ العقاري تمثيل وزير المالية في الدعاوى المرفوعة أمام القضاء ، ومن ثمة لا يجوز لهم رفع الدعوى بصفتهم هذه ، بل يجب أن ترفع الدعوى بإسم وزير المالية ويظهرون على صعيد إجراءات الخصومة ممثلين له ، وبذلك فهم لا يتمتعون بأهلية الاختصام .

<<<<

وتبعا لذلك ، تثبت أهلية الإختصام للشخص الطبيعي بتمام ولادته حيا وتنتهي بوفاته[1] ، طبقا لما تنص عليه المادة 25 من القانون المدني ، وللشخص المعنوي حسب ما يحدده القانون . فبالنسبة للشركات التجارية تثبت لها الشخصية المعنوية بقيدها في السجل التجاري ، وتنتهي بحلها وتصفيتها.

ويتمتع الشخص بجميع الحقوق الإجرائية والموضوعية من اللحظة التي يولد فيها حيا . ما عدا ما استثني بنص خاص .كحقه في الميراث أو حقه في رفع دعوى أمام القضاء والطعن في الأحكام القضائية الصادرة ضد مصلحته وموالاة الإجراءات وتقديم الطلبات والدفوع .

غير أن هناك بعض الحقوق لا يتمتع بها الشخص بمجرد ولادته حيا ، بل لا يتمتع بها إلا إذا بلغ سنا معينة يحددها القانون ، وإذا كانت القاعدة العامة ، أن الشخص بمجرد

<<<<

وحيث أن قضاة الموضوع عندما انتهوا إلى التصريح بصحة المطالبة القضائية في الدعوى التي تم رفعها من شخص غير موجود من الناحية القانونية ، يعد ذلك خرقا لأحكام المادة 25 و29 من القانون المدني والمادة 459 من قانون الإجراءات المدنية ، مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض " .

1- أنظر القرار الصادر في 20120419 رقم 785110 عن المحكمة العليا: الغرفة المدنية ، القسم الثالث ، إذ جاء فيه ما يلي:
" حيث أن الطاعنة تعيب على القرار المطعون فيه بدعوى أن البنت سارة التي كانت وقت الحادث حامل بها وأنها تستحق التعويض عندما ولدت حية والقضاء بمنعها من التعويض عن وفاة والدها لا يستند هذا القضاء إلى أي أساس قانوني مما يعرضه للنقض.

وحيث أن ما تعيبه الطاعنة على القرار المطعون فيه في غير محله ، وذلك عندما انتهى قاضي الموضوع إلى رفض الدعوى الرامية إلى التعويض عن الضرر الذي أصاب البنت التي ولدت بعد وفاة والدها في الحادث المذكور ، كانت النتيجة التي توصل إليها صحيحة ، على اعتبار أن الإنسان لا يكتسب الشخصية القانونية ، إلا بتمام ولادته حيا طبقا لما تنص عليه المادة 25 من القانون المدني.

وتبعا لذلك ، فإن مفهوم الشخصية القانونية لا تثبت للإنسان إلا بتمام ولادته حيا وتنتهي بوفاته ، وابتداء من لحظة تمام ولادته حيا يكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات.

وحيث أنه وقبل ميلاد الإنسان حيا ، فلا تثبت له أهلية الوجوب التي تعني صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات إلا على سبيل الاستثناء ، فيكتسب الجنين بعض الحقوق بشرط أن يولد حيا ، كحقه في الميراث ، وتصح له الهبة والوصية ، أما باقي الحقوق الأخرى فلا تثبت له إلا بتمام ولادته حيا.

وحيث أن قاضي الموضوع عندما انتهى إلى رفض هذه الدعوى ، فإن ذلك يرجع إلى عدم اكتساب الجنين لأهلية الوجوب التي تسمح له باكتساب الحقوق.

وحيث أنه وعندما توفي والد الطاعنة ، كانت هذه الأخيرة غير موجودة من الناحية القانونية لعدم اكتسابها لهذه الأهلية ، ومن ثمة فليس لها الحق في التعويض عن وفاة والدها قبل ميلادها ، ومن ثمة كانت النتيجة التي توصل إليها قاضي الموضوع صحيحة ، في حين أن الأسباب التي اعتمد عليها كانت خاطئة ، لذا يتعين إستبدال تلك الأسباب الخاطئة بالأسباب الواردة في هذا القرار ، ومنه يتعين التصريح برفض هذا الوجه ".

ميلاده حيا يتمتع بجميع الحقوق ، غير أن هذه القاعدة ترد عليها بعض الإستثناءات فبرغم ميلاد الشخص حيا لا يتمتع ببعض الحقوق .

وترتيبا على ذلك ، فلا تثبت أهلية الوجوب للشخص إلا إذا بلغ السن التي يحددها القانون بالنظر إلى هذا الحق[1].

ويترتب على انعدام أهلية الوجوب ، إنعدام وجود الشخص من الناحية القانونية[2]، وهي تنعدم في حالة وفاة الشخص الطبيعي أو حل الشخص المعنوي .

وقد ثار الخلاف[3] حول تكييف الحكم الصادر في الخصومة التي رفعت باسم أحد أطرافها ، وهو متوفي قبل رفع الدعوى[4].

فقد ذهب البعض إلى اعتبار هذا الحكم باطلا ، وترتيبا على ذلك فإنه يحوز حجية الأمر المقضي به فإن انقضت عليه مواعيد الطعن يتحصن بالحجية ويجوز تنفيذه .

في حين يذهب رأي آخر[5] إلى اعتبار هذا الحكم منعدما ، وبالتالي فلا يحوز على حجية الأمر المقضي به ، ويمكن لصاحب المصلحة أن يرفع دعوى مبتدأة أمام المحكمة للمطالبة ببطلانه استنادا إلى عدم وجود الخصم من الناحية القانونية .

---

1 - الحق في الزواج لا يتمتع به الشخص إلا إذا بلغ الرجل 21 سنة والمرأة 18 سنة طبقا لما تقضي به المادة 7 من قانون الأسرة ، قبل تعديله والحق في التصويت في الانتخابات لا يتمتع به الشخص إلا ببلوغه 18 سنة ، والحق في الترشح لمنصب رئاسة الدولة إلا ببلوغ سن الأربعين سنة.

2 - تعد أهلية الإختصام مقتضى ضروريا لصحة الإجراءات ، وأن رفع الطعن من شخص غير موجود يؤدي إلى بطلان الإجراءات ".

3 - أنظر قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، الصادر بتاريخ: 2002/09/11 رقم 223928 غير منشور ، إذ جاء فيه ما يلي: " إنه ثبت من عريضة الطعن بالنقض أنه تم رفع الدعوى باسم شخص متوف ، وأن وجود الشخص من الناحية القانونية يعد مقتضى ضروريا لصحة الإجراءات ، وأن رفع الطعن من شخص غير موجود يؤدي إلى بطلان الإجراءات ".

4 - ابراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 554.

5 - ابراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 554.

وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في أكثر من قرار لها ، حيث إعتبرت رفع الدعوى باسم شخص أو على شخص متوف فأن الحكم الصادر فيها ينزل إلى مرتبة الإنعدام ، ومن ثمة لا يتحصن بالحجية فيمكن مهاجمته بدعوى البطلان المبتدأة[1].

وفي رأينا ، فإن الحكم الذي يصدر في الخصومة التي رفعت باسم أحد أطرافها وكان متوفيا ، فهذا الحكم يصبح منعدما وما يترتب على ذلك من النتائج القانونية ، ومن ثمة فإن إبرام عقد الزواج باسم أحد أطرافه وكان غير متمتع بأهلية الوجوب يصبح في حكم عقد الزواج الذي أبرم بين طرفيه يكون أحدهما متوفيا وبالتالي يصبح في حكم العدم .

واللافت للإنتباه ، أن المشرع الجزائري قد نص على حالة الإعفاء من السن المحددة قانونا في الزواج ، بناء على صدور إذن من القاضي ، وذلك قبل إبرام عقد الزواج ، غير أنه لم يواجه زواج الرجل أو المرأة قبل بلوغها سن الزواج ودون أن يحصل أحدهما على الإذن من القاضي .

1- أنظر قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، القسم الأول ، المؤرخ في: 2003/02/26 رقم: 303195 الذي جاء فيه ما يلي :
" حيث رفع النائب العام لدى المحكمة العليا طعنا لصالح القانون ، طبقا لأحكام المادة 297 من قانون الإجراءات المدنية ضد القرار المنوه إليه أعلاه استنادا إلى أنه قضى على صندوق الكوارث الطبيعية وأخطار التكنولوجيا الكبرى بالجزائر بإلزامه بدفعه تعويضا للمدعو (أ) استنادا إلى أن الصندوق لا يتمتع بالشخصية المعنوية ، مما يعد ذلك خرقا للإجراءات الأساسية للتقاضي يستلزم نقضه.
وحيث أنه بعد الإطلاع على أحكام المادة 297 من قانون الإجراءات المدنية والتي تنص على أنه في حالة صدور حكم نهائي من محكمة أو مجلس مخالفا للقانون ولقواعد الإجراءات الجوهرية ، ولم يطعن فيه أحد الخصوم بالنقض في الميعاد ، للنائب العام لدى المحكمة العليا أن يعرض الأمر ،بعريضة عادية ،على المحكمة العليا.
إذن لقبول الطعن لصالح القانون أن يصدر حكم نهائي من المحكمة أو المجلس بين خصمين موجودين من الناحية القانونية ، بحيث تثبت لكل واحد منهما أهلية الاختصام ، ولا يطعن فيه أحدهما ، ويصير باتا غير قابل لأي طريق من طرق الطعن.
وحيث أن القرار محل الطعن قد صدر ضد خصم وهو صندوق الكوارث الطبيعية المذكور أعلاه وهو لا يتمتع بالشخصية المعنوية ، وبالتالي فليس له أهلية الاختصام ومن ثمة فليس له وجود من الناحية القانونية بل هو في حكم العدم.
وقد استقر الرأي على أن الحكم المعدوم لا يترتب عليه أي أثر قانوني ولا يتحصن بالحجية ، وإذا ظهرت الحاجة العملية إلى تقرير هذا العدم ، فيمكن مهاجمته بدعوى البطلان المبتدأة أمام نفس المحكمة. =
= وتبعا لذلك فلا يترتب عليه أي أثر قانوني يمكن إلزام الخصم به لأن هذا الأخير منعدم.
وحيث أن الطعن لصالح القانون لا يكون إلا في الأحكام القضائية الباتة والتي أصبحت محصنة بحجية قوة الأمر المقضي به.
في حين الطعن الحالي موجه إلى قرار لا تتوفر فيه تلك المواصفات فهو غير محصن بحجية الأمر المقضي به ، إذ يمكن مهاجمته بدعوى البطلان المبتدأة ".

ونحن هنا ننظر إلى وجود الشخص من الناحية القانونية . بصرف النظر عن وجوده من الناحية الطبيعية فالرجل الذي لم يبلغ سن 19 سنة[1] . فهو غير موجود بالنسبة لبعض الحقوق ومنها الحق في الزواج . وبذلك إذا تزوج الرجل قبل بلوغه هذه السن المحددة في الزواج يعد هذا الرجل بالنسبة للحق في الزواج في حكم العدم . لكن الزواج الذي ينعقد مع أحد أطرافه الذي لم يبلغ السن المحددة قانونا لا يمكن إنكار وجوده من الناحية الإجتماعية .

وتبعا لذلك . يتعين على المشرع أن يتدخل لإملاء هذا الفراغ وذلك بالنص على الجزاء المترتب على مخالفة أحكام المادة 7 من قانون الأسرة . وإلا أصبح هذا النص فارغا من مضمونه القانوني.

وإلى جانب ذلك فإن مقتضى أهلية الإختصام أن يتحمل الشخص بالواجبات والأعباء . ذلك أن مفهوم الشخص من الناحية القانونية يختلف عنه من الناحية النفسية والإجتماعية . فقد يوجد الشخص من الناحية الإجتماعية باعتباره كائنا يعيش في الوسط الإجتماعي . غير أنه لا يتمتع بالوجود القانوني . كما هو عليه الحال في المجتمعات التي يوجد فيها نظام الرق . ومن ثمة فالعبد لا يتمتع بالوجود القانوني .بالرغم من اعتباره إنسانا يعيش في الوسط الإجتماعي .فهو يعتبر ضمن الأشياء التي يملكها السيد . وبالتالي فهو لا يكسب أهلية الوجوب . وتبعا لذلك فهو لا يتمتع بالحقوق ولا يتحمل الإلتزامات . لأنه مجرد من أهلية الوجوب . وتثبت أهلية الإختصام (أهلية الوجوب) بتمام ولادة الشخص حيا .كما أشرنا إلى ذلك سابقا .وبناء على ذلك فهو يتحمل الإلتزامات والأعباء . فكيف ذلك ؟

إن كل شخص يعيش في المجتمع . فهو في حاجة إلى إشباع حاجاته . ولتحقيق ذلك فهو يدخل مع الغير في علاقات تعاقدية . فهو في حاجة إلى إيجار مسكن ومأكل ودواء وغيرها . وقد يلحق هذا الشخص ضررا بالغير فيلزم بالتعويض .

1- طبقا للمادة 7 من قانون الأسرة المعدلة بمقتضى الأمر رقم 05 . 02 المؤرخ في: 27 فبراير 2005 قد تم تعديل أهلية الزواج . وأصبحت واحدة بالنسبة لكل من الرجل والمرأة . وهي محددة بتمام 19 سنة . وأهلية الزواج هي أهلية الاختصام وليست أهلية التقاضي.

وبدخول الشخص في علاقات تعاقدية مع الغير أو إلحاقه ضررا بالغير وتنشأ في ذمته المالية إلتزامات . فإذا كان هذا الشخص متمتعا بأهلية الأداء قام بنفسه بتنفيذ تلك الإلتزامات . أما إذا كان هذا الشخص عديم التمييز أو قاصرا تولى عنه نائبه القانوني تنفيذ تلك الإلتزامات . وبذلك فإن الشخص القانوني يتحمل الإلتزامات بصرف النظر عما إذا كان يتمتع بأهلية الآداء من عدمه .

وتختلف أهلية الاختصام عن أهلية الآداء فتقرن أهلية الإختصام (أهلية الوجوب) بوجود الشخص من الناحية القانونية . في حين أهلية الآداء تدل على المستوى العقلي الذي يبلغه الشخص . أي ما يتمتع به الشخص من القدرة على التمييز وهي المسألة التي نتناولها فيما يلي:

ثانيا: أهلية التقاضي (الأهلية الإجرائية)[1]

يقصد بأهلية التقاضي ما يتمتع به الخصم من القدرة العقلية على الدفاع عن حقوقه و مراكزه القانونية أمام القضاء و تسمى أهلية التقاضي بالأهلية الإجرائية.

والأهلية الإجرائية ليست إلا أهلية الأداء وتعرف هذه الأخيرة على أنها قدرة الشخص على إبرام التصرفات القانونية ومناط أهلية الأداء العقل أي القدرة على التمييز.

فلا يكفي أن تتوافر لدى الشخص أهلية الإختصام . حتى يكون طرفا في الخصومة بل يشترط لصحة الإجراءات أن يكون الشخص أهلا للقيام بها[2] فإذا توافرت أهلية الإختصام دون أهلية التقاضي فلا يجوز لمن لم يحزها أن يقوم بالأعمال الإجرائية بإعتبارها أعمالا قانونية فيشترط القانون فيمن يقوم بها أن تتوافر لديه أهلية التقاضي التي ترتبط بأهلية الأداء.

وأهلية الاختصام كما رأينا تتحدد بتمام ولادة الشخص حيا في حين أهلية التقاضي تتحدد بدرجة التمييز التي بلغها الشخص وتتحدد في التشريع الجزائري طبقا للمادة 40 من القانون المدني بتمام بلوغ الشخص 19 سنة.

1- فتحي والي ، الوسيط ، ص 550.

2- إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 554.

وتبعا لذلك إذا لم يحز الشخص على الأهلية الإجرائية أو أهلية التقاضي فلا يجوز له أن يقوم بالأعمال الإجرائية وإنما يشترط أن يقوم بها شخص آخر يمثله وهذا ما يسمى بالتمثيل الإجرائي ويقوم بهذا التمثيل الشخص الذي ينوب عن عديم التمييز وناقصة.

وقد ذهب البعض إلى اعتبار أهلية التقاضي شرطا لقبول الدعوى . وهذا ما يؤكد عليه سياق المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية القديم . وذلك عندما نص على الأهلية ضمن شروط قبول الدعوى.

غير أن هذا الاتجاه غير سليم . إذا اعتبرنا أهلية التقاضي شرطا لقبول الدعوى فيؤدي ذلك أن يصبح الشخص الذي لا يحوز على أهلية التقاضي مجردا من الحق في الدعوى . فلا يكون له إذا تخلف احد شروط قبولها – على اعتبار أهلية التقاضي شرطا لقبول الدعوى – و يترتب عليها أن يصبح القاصر أو عديم التمييز الذي لا يحوز على أهلية التقاضي مجردا من الحق في الدعوى.

ويؤدي تطبيق هذا الرأي إلى تجريد القاصر من الحق في الدعوى.

مع أن الحق في الدعوى . ينشأ بمجرد وقوع الاعتداء على الحق الموضوعي . بصرف النظر عما إن كان صاحب هذا الحق يتمتع بأهلية التقاضي من عدمه.

ويذهب الرأي الراجح[1] في الفقه والقضاء إلى اعتبار أهلية التقاضي شرطا لصحة المطالبة القضائية وليست شرطا من شروط قبول الدعوى . وتخلفها يؤدي إلى بطلان الإجراءات وليس إلى عدم القبول .وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ويترتب على تخلف أهلية التقاضي بطلان لعيب موضوعي.

وقد أكدت المحكمة العليا في أحد قراراتها أن وجود الشخص من الناحية القانونية يعد مقتضى ضروريا لصحة الإجراءات وأن رفع الدعوى باسم شخص متوف يؤدي إلى بطلان إجراءات الطعن[2].

---

1 - فتحي والي ، الوسيط ، ص 70.

2 - أنظر القرار الصادر بتاريخ 2012/01/15 رقم 745505 عن المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، القسم الأول ، غير منشور.

وترتيبا على ذلك ، فإن القاصر يملك الحق في الدعوى ، ولكنه لا يملك حق استعماله أمام القضاء ، وإنما الذي يملك استعماله هو الولي أو الوصي أو القيم.

وبناء على ذلك ، فإنه يجب أن تتوافر في أطراف الخصومة أهلية الاختصام ، فإذا قدم الطلب باسم أحد أطراف الخصومة وكان غير موجود من الناحية القانونية ترتب على ذلك بطلان العمل الإجرائي ، بل ينزل البطلان إلى مرتبة الانعدام[1].

كما يلزم أيضا أن تتوافر في أطراف الخصومة أهلية التقاضي ، أي الأهلية الإجرائية ، وهي شرط لصحة العمل الإجرائي ، وليست شرطا لقبول الدعوى[2].

إلى جانب تلك الشروط التي يجب توافرها في الخصوم ، كذلك يشترط أن يتم تعيين الخصوم تعيينا كافيا نافيا للجهالة[3] ، وتنحصر شروط تعيين في ذكر اسم ولقب وصفة وموطن الخصم ، فإذا تخلف أحد هذه الشروط ، وأدى ذلك إلى تجهيل بشخصية الخصم ترتب عليه البطلان طبقا لأحكام المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وهذا فيما يتعلق بالشرط الأول الخاص بعنصر الأشخاص ، أن يكون الشخص باعتباره خصما موجودا من الناحية القانونية وقادرا على القيام بالأعمال القانونية وأن يكون الخصم معينا تعينا نافيا للجهالة.

---

1 - أنظر القرارات الصادرة عن المحكمة العليا ، الغرفة المدنية:
- قرار مؤرخ في 2012/01/15 رقم 746610 ، غير منشور.
- قرار مؤرخ في 2006/04/15 رقم 331847 ، غير منشور.

2 - قرار مؤرخ في 2007/06/20 رقم 370331 ، غير منشور.

3 - أنظر قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، القسم الأول ، الصادر بتاريخ 1998/05/06 رقم 165497 غير منشور فجاء فيه مايلي:
" حيث ينعي الطاعن على القرار المطعون فيه بدعوى أن قضاة الموضوع قد قضوا بعدم صحة الاستئناف لعدم ذكر جميع الورثة الذين رفعوا الدعوى ، في حين القرار المنتقد اكتفى في بيان المستأنف عليهم بذكر ورثة (ف) ، وأن ذكر الخصوم لا يكون إلا ببيان لقب واسم وصفة وموطن كل واحد منهم ، وعدم تبيان كل ذلك ، يعد خرقا لأحكام القواعد الجوهرية المنصوص عليها بالمواد 110 ، 12 ، 13 من قانون الإجراءات المدنية ، مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض.
وحيث أن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في محله ، ذلك أن كل طلب قضائي يفترض وجود شخصين أو أشخاص يجب تعيينهما تعيينا نافيا للجهالة.
وحيث أن تعيين أشخاص الطلب القضائي ، لا يكون إلا بذكر أسمائهم وألقابهم ومهنتهم ومواطنهم ، وأن عدم ذكر ذلك والاكتفاء بذكر ورثة فلان يؤدي إلى تجهيل بشخصية الخصم ، يترتب عليه بطلان العمل الإجرائي ، مما ينجر عنه إبطال القرار المطعون فيه "

والآن أنتقل إلى العنصر الثاني في الطلب القضائي ، وهو عنصر الموضوع أو المحل ونتناوله كما يلي:

المطلب الثاني
موضوع الطلب القضائي

موضوع الطلب هو أحد العناصر التي يتكون منها الطلب القضائي وقد اختلف الفقه حول تعريفه ، فقد ذهب البعض إلى تعريفه ، بالقول هو مايطلبه المدعي من القضاء في طلبه ، وهو ليس إلا القرار المطلوب من القاضي اصداره ، وهذا القرار اما أن يكون تقريرا بوجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانوني كطلب إثبات نسب الولد او اثبات الزواج او بطلان العقد ، وقد يكون إنشاء مركز قانوني جديد ، مثل طلب التطليق ، أو طلب إبطال العقد وقد يكون الزام شخص باداء معين ، كطلب الزام شخص بتسليم سيارة معينة أو يكون مجرد طلب الحصول على أمر باجراء وقتي كطلب تعيين حارس قضائي ، أوطلب تقرير نفقة مؤقتة[1].

في حين ان البعض الاخرقد عرف موضوع الطلب القضائي ، على أنه النتيجة الاجتماعية أو الاقتصادية التي يهدف إليها المدعي في دعواه ، مثل طلب التطليق أوطلب مبلغ من النقود في المسؤولية المدنية[2].

بينما عرفه البعض الآخر على أنه كل ما يطلبه المدعي من القضاء ، ولا يعدو ذلك أن يكون القرار المطلوب اصداره أو هو مجموع الادعاء وما يهدف إليه الخصم من اصدار القرار[3] ، ويرى أن موضوع الطلب القضائي ، يتكون بدوره من ثلاثة عناصر[4] و هي:

---

1 - أحمد هندي ، أصول المحاكمات ، المرجع السابق ، ص 191.
2 - هشام علي صادق ، المركز القانون الأجنبي أمام القضاء المدني ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ص 32.
3 - فتحي والي ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص 72.
4 - فتحي والي ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص 72.

عنصر القرار: وهو القرار الذي يطلبه المدعي من القاضي وهو لا يعدو أن يكون هذا القرار تقريرا أو انشاء أو إلزاما . وتبعا لذلك يختلف موضوع الطلب باختلاف هذا القرار . فدعوى فسخ العقد تختلف عن دعوى بطلان هذا العقد.

والعنصر القانوني: وهو الحق أو المركز القانوني الذي تهدف الدعوى إلى حمايته . فقد تهدف إلى حماية حق الملكية . وقد تهدف إلى حماية حق الارتفاق ، وتبعا لذلك تختلف دعوى حماية الملكية عن دعوى حماية حق الارتفاق . والدعوى التي ترمي إلى إلغاء القرار التعسفي الذي اتخذه رب العمل تختلف عن الدعوى التي ترمي إلى جبر الضرر الذي لحق العامل جراء هذا العمل[1] . وهنا الاختلاف بين الدعويين وقع في العنصر القانوني.

والعنصر المادي: وهو محل هذا الحق أو المركز القانوني وموضوع الحق يكون في الغالب شيئا ماديا[2] فالعقار يعتبر موضوع حق الملكية.

والمعيار الذي يأخذ به لتحديد ما إذا كان الطلب الجديد يختلف عن الطلب الأصلي ، هو النظر إلى موضوع الطلب القضائي الجديد ما إذا كان يختلف في أحد عناصره الثلاثة أي عنصر القرار أوالعنصر القانوني أو العنصر المادي . فإذا وقع اختلاف في عنصر واحد في المحل أدى إلى اختلاف الدعوى الجديدة عن الدعوى الأصلية ، مما يترتب عليه انتفاء الحجية.

إن اختلاف العنصر القانوني في المحل يؤدي إلى اختلاف الدعوى الجديدة عن الدعوى الأصلية ، مثل الدعوى التي ترمي إلى تقرير حق الملكية على عقار (ك) ، تختلف عن الدعوى الجديدة التي تهدف إلى تقرير حق الارتفاق[3] . على نفس العقار (ك).

كما أن اختلاف العنصر المادي في المحل في الدعوي الجديدةعنه في الدعوى الاصلية يؤدي إلى اختلاف الدعويين ،مثل الدعوى التي ترمي الى تقرير حق الملكية على عقار (ج) تختلف عن الدعوى التي تهدف إلى تقرير حق الملكية على عقار (د) وهذا الاختلاف وقع في العنصر المادي.

1 . فتحي والي ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص 72.

2 - نبيل إسماعيل عمر ، الطعن بالاستئناف ، المرجع السابق ، ص 530.

3 . فتحي والي ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص 73.

وقد عرفت المادة 20 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية موضوع الطلب القضائي ، حيث جاء فيها ما يلي: "يتحدد موضوع النزاع بالادعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوي (الخصومة) و مذكرات الرد ".

وموضوع الادعاء يتحدد اولا بالطلب القضائي الأصلي . وهذا الموضوع قد يحضع للتغير وما يقدم من طلبات عارضة من الخصوم أو الغير . هذه الطلبات تؤدي إلى تعديل الطلب الأصلي بالزيادة أو النقصان مما يؤدي إلى إعادة النظر في هذا الموضوع استنادا الى الطلبات الختامية . وهذا هو المقصود من مضمون النص المذكور أعلاه.

ويتكون موضوع الطلب القضائي من عناصر واقعية ولا يتضمن أية فكرة قانونية فموضوع دعوى المسؤولية الناجمة عن اصطدام السيارة هو المبلغ المطلوب.

والمدعي لا يقع عليه أي التزام باعطاء الوصف القانوني لموضوع الطلب . لأن التكييف يعد من المسائل القانونية التي يستقل بها القاضي [1] . لكن القانون يلقى التزام على كاهل المدعي أن يقدم الموضوع مع تعيينه تعيينا نافيا للجهالة.

ويتضمن هذا التعيين العناصر التي يتكون منها هذا الموضوع . فيبين أنه يطلب فسخ العقد وليس ابطاله . مع تعين هذا العقد بذكر اطرافه وتاريخه وموضوعه . أو أنه يطلب حق الملكية وليس حق الارتفاق . وأن يبين محل هذا الحق ما اذا كان منقولا او عقارا . فإذا كان عقارا . أن يقوم بتعيين هذا العقار بذكر رقمه ومساحته وحدوده والمكان الذي يوجد به ما اذا كان يوجد بمدينة فيذكر رقم الشارع الذي يوجد فيه او يوجد بقرية فيذكر المكان الذي يوجد به الخ ....

ويترتب على عدم تحديد موضوع الطلب بطلان عريضة افتتاح الخصومة طبقا لاحكام المادة 15 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية . وهذا البطلان ينشأ عنه ضرر الخصم . ذلك ان القاضي لا يستطيع أن يباشر وظيفته إلا بناء على طلب يقدم من الخصم . ومن ثمة إذا قدم له طلب وكان موضوعه غير محدد [2] - وخاصة فيما يتعلق بعنصر القرار أو العنصر المادي – تحديدا كافيا . مما ينعكس على دور القاضي بحيث لا يستطيع أن

---

1 - هشام علي صادق . المرجع السابق . ص 37.

2 - انظر القرار الصادر بتاريخ 1991/07/16 رقم 78272 عن المحكمة العليا . الغرفة المدنية . غير منشور . قد نقضت القرار المطعون فيه . استنادا إلى عدم تحديد موضوع الطلب القضائي.

يباشر وظيفته ، وبالتالي فإن شرط تعيين موضوع الطلب القضائي هو من المسائل التي تتصل بدور القاضي في الخصومة القضائية ،

وقد يكون محددا تحديدا غير كاف ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يأمر باستكمال هذا النقص.

وتبعا لذلك ، يجب التمييز بين الموضوع غير المعين ، وبين الموضوع المعين تعيينا غير كاف ففي حالة عدم تعيين موضوع الطلب القضائي ، يترتب عليه بطلان اجراءات رفع الدعوى ، وبين ماإذا كان هذا التعيين ناقصا ، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يأمر الخصم باستكمال هذا النقص ، وفي حالة عدم القيام به ، يجوز له أن يحكم ببطلان الاجراءات.

وما إذا كان موضوع الطلب القضائي معينا بدرجة كافية أم لا؟ هي من المسائل الموضوعية التي يستقل بها قاضي الموضوع.

والقاضي لا يستطيع أن يغير من موضوع الطلب القضائي ، حتى ولو تعارض مع النظام العام[1] ، لأن موضوع الطلب القضائي يعد من مسائل الواقع التي يستقل بها الخصم وهو الذي يتمسك به.

إن قاعدة منع القاضي من تغيير أو تعديل موضوع الطلب القضائي تنساب من مبدأ حياد القاضي فيما يتعلق بالمسائل المتعلقة بالواقع.

وعندما يتطرق القاضي إلى دراسة أية قضية معروضة عليه فإنه يلقي سؤالا على نفسه ، وهو ماذا يطلب المدعي منه ؟

ويختلف الجواب على هذا السؤال بالنسبة لكل قضية فإذا تعلق الأمر بدعوى تقريرية كدعوى اثبات النسب فإن موضوع الطلب هو اثبات النسب ، وإذا تعلق الأمر بالدعوى المنشئة كدعوى التطليق ، فإن موضوع هذه الدعوى هو التطليق ، ففي هذه الصورة فإن تحديد موضوع الطلب لا يثير أية صعوبة ، أما إذا تعلق الأمر بدعوى الالزام كالدعوى التي

1 - هشام علي صادق ، المرجع السابق ، ص 37.

ترمي إلى الزام المدعى عليه بتسليم عين معينة كتسليم منقول او عقار . فيجب تحديد محل هذا الحق وكثيرا ما يثير هذا المحل — عند تحديده — صعوبة من الناحية العملية.

إن تحديد موضوع الطلب القضائي ، يعد عملا جوهريا ويترتب على عدم تعيينه ، بطلان المطالبة القضائية ، وكذلك تحديد موضوع الطلب القضائي هو من المسائل المرتبطة بدور القاضي . فإذا لم يحدد له موضوع الطلب ، وكان غير معين فلا يستطيع أن يحكم في الدعوى ، وإذا حكم فيكون بذلك قد حكم بما لم يطلب منه.

ويترتب على عدم تعيين موضوع الطلب اخلال بحقوق الدفاع ، فمن حق المدعى عليه أن يعرف ما يطلب منه ، ولا يمكن له أن يعرف ذلك إلا إذا كان موضوع الطلب محددا تحديدا كافيا.

وبعد أن تعرضنا إلى عنصري الطلب القضائي ، وهما الخصوم والموضوع ، وانتقل الآن إلى دراسة العنصر الثالث وهو السبب ، وذلك على الوجه التالي

المطلب الثالث
سبب الطلب القضائي

مقدمة

لقد آثار تعريف سبب الطلب القضائي خلافا شديدا في الفقه والقضاء ، فمنهم من ذهب إلى تأسيسه على الفكرة القانونية البحتة ، في حين اتجه البعض الآخر إلى تأسيسه على الفكرة الواقعية البحتة.

كما يختلط أيضا سبب الطلب القضائي ببعض الأفكار القانونية الاخر ليس من السهل تخليصه منها.

والطلب القضائي — كما رأينا — يتكون من ثلاثة عناصر ، وهذا ما يثير التساؤل ما اذا كان يجب ان تبقى هذه العناصر ثابتة ، لا تخضع لاي تغير سواء امام المحكمة الابتدائية او أمام جهة الاستئناف .

وتبعا لذلك ، سأقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع ، أتناول في الفرع الأول الاتجاهات الفقهية المختلفة التي تصدت إلى تعريف سبب الطلب القضائي ، وفي الثاني أتناول فيه

تمييز سبب عن غيره من الأفكارالقانونية التي قد يختلط بها. وفي الثالث أتناول فيه قاعدة عدم قابلية الطلب القضائي –كقاعدة عامة – لأي تغيير أمام جهة الاستئناف.

وأتناول كل ذلك كما يلي:

الفرع الأول
الاتجاهات الفقهية في تعريف سبب الطلب القضائي

قد أثار تعريف سبب الطلب القضائي في الفقة خلافا شديدا. وتعددت الآراء حوله. لكن رغم تعددها واختلافها فإنها لا تخرج في مجملها عن أحد الاتجاهين. أحدهما يقيم سبب الطلب القضائي على الفكرة القانونية والآخر يقيمه على الفكرة الواقعية وأتناول الاتجاهين فيما يلي:

أولا:اقامة سبب الطلب القضائي على الفكرة القانونية

يقيم اتجاه في الفقه سبب الطلب القضائي على الفكرة القانونية، فيرى أن سبب الطلب القضائي هو الأساس القانوني للدعوى.الذي يتمسك به الخصوم[1]، لكن أنصار هذا الاتجاه قد اختلفوا حول تحديد المقصود بالفكرة القانونية للسبب. وهذا الاختلاف يظهر في الآراء التالية:

1 - السبب هو النص القانوني

يذهب البعض من الفقه إلى تعريف سبب الطلب القضائي على أنه عبارة عن القاعدة القانونية أي النص القانوني الذي تمسك به الخصم تأييدا لطلبه[2]، فدعوى المسؤولية التقصيرية فأساسها أو سببها هو نص المادة 124 من القانون المدني.

1 - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 46.

2 - نبيل إسماعيل عمر، سبب الطلب القضائي، المرجع السابق، ص 41.

وقد انتقد هذا الرأي الذي يقيم سبب الطلب القضائي على النص القانوني الذي تمسك به الخصم تأييدا لطلبه . ذلك أن سبب الطلب القضائي يعد من مسائل الواقع التي يقدمها الخصم ويحظر على القاضي أن يقوم بتغييره ، في حين أن القاضي لا يقيده النص القانوني الذي يتمسك به الخصم ، بل من واجبه ان يطرح هذا النص ويطبق النص القانوني الواجب حسبما ينتهي اليه من تكييف لهذا الواقع .

وتبعا لذلك ، فإن اعتبار سبب الطلب القضائي هو النص القانوني الذي يتمسك به الخصم ، سيؤدي حتما إلى سلب سلطة القاضي في التطبيق التلقائي للقاعدة القانونية ، ويترتب عليه منع القاضي من تغييره[1].

هذه النتيجة تتناقض مع دور القاضي في الخصومة المدنية ، الذي يمده بسلطات مطلقة في مجال تطبيق القانون من جهة ولكنه يقيده في مجال الواقع من جهه اخرى ، إذا يحظر عليه أن يغير سبب الطلب القضائي ، وهو محكوم في ذلك بمبدأ الحياد ، ويقتصر تطبيق هذا المبدأ في مجال الواقع ، فيحظر على القاضي أن يدخل أي تعديل أو تغيير على سبب الطلب القضائي الذي يتمسك به الخصم باعتباره من الواقع.

وتبعا لذلك ، فإذا نظرنا إلى السبب على أنه فكرة قانونية هذه الفكرة لا تخرج عن النص القانوني الذي تمسك به الخصم تأييدا لطلبه ، فيمنع علي القاضي أن يطبق نصا آخر من تلقاء نفسه ، ولو كانت وقائع القضية لا تستجيب لتطبيق هذا النص[2] . وهذا لا يستقيم مع دور القاضي في مجال القانون فلا يتقيد بما يتمسك به الخصوم من النصوص القانونية التي لا تنطبق على الوقائع المعروضة عليه ، فهو الذي يطبق القانون حتى ، ولو جاء هذا التطبيق مخالفا لما يتمسك به الخصوم من النصوص القانونية.

غير أن هناك اتجاها في الفقه يقيم السبب ليس على النص القانوني بل يقيمه على المبدأ القانوني وهو الرأي الذي نراه فيما يلي:

---

1 - هشام علي صادق ، المرجع السابق ، ص 50.

2 - نبيل إسماعيل عمر ، الطلب القضائي ، المرجع السابق ، 42ص.

2 - السبب هو المبدأ القانوني

يرى جانب من الفقه أن سبب الطلب القضائي، هو المبدأ القانوني الذي يستند عليه موضوع الطلب القضائي، فإذا أريد تحديد ما إذا كان هناك اتحاد في السبب بين الدعويين، يجب الرجوع إلى ما تمسك به المدعي، فإذا تمسك في احداها بنص قانوني يختلف عما تمسك به في الدعوى الآخرى، فيجب الرجوع إلى الأساس القانوني الذي استند إليه كل نص.

فإذا تبين أن النصيين يرجعان إلى أصل قانوني واحد أصبحت الدعويان متحدتين في السبب، أما إذا كان كل نص يستند إلى مبدا قانوني يختلف عن الآخر تعتبر الدعويين مختلفتين[1].

ومن الأمثلة على ذلك فإن المسؤولية التقصيرية تكون محكومة بمجموعة من القواعد الخاصة بها، فمبدأ المسؤولية التقصيرية يخضع لمجموعة النصوص القانونية المختلفة، وأن القواعد القانونية المختلفة التي تنطوي تحت هذا مبدأ تعد مجرد وسائل الدفاع[2]، في حين يعتبر المبدأ القانوني هو السبب الحقيقي للدعوى[3].

وقد وجه نقد لهذه النظرية على اساس أنها لا تقدم تعريفا وافيا لفكرة السبب، فظهر رأي آخر يقيم سبب الطلب القضائي ليس على النص القانوني ولا على المبدأ القانوني وإنما يقيمه على ما يلي:

3 - السبب هو التكييف القانوني للوقائع

لقد اتجه البعض من الفقه إل اعتبار السبب هو التكييف القانوني للوقائع الذي اصبغه الخصوم عليها والذي يعد الأساس لدعواهم[4].

1 - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص50.
2 - نبيل إسماعيل عمر، سبب الطلب القضائي، المرجع السابق ص 43.
3 - نبيل إسماعيل عمر، سبب الطلب القضائي، المرجع السابق، ص 50.
4. هشام صادق، المرجع السابق، ص50.

إن هذا الاتجاه الذي يعرف سبب الطلب القضائي على أنه مجموع الوقائع التي تمسك بها الخصوم طبقا للتكييف القانوني الذي أضفوه عليها ، أو بعبارة أخرى أن السبب الطلب القضائي هو التكييف القانوني لوقائع النزاع الذي اصبغه الخصوم عليها.

والأخذ بهذا الاتجاه سيؤدي الى تقييد سلطات القاضي من منعه من تغيير التكييف القانوني ، لأنه لو قام بتغييره لأدى ذلك إلى التغيير في السبب الذي هو محظور عليه ذلك.

ومن ثمة لا يستطيع القاضي أن يعطي الوصف الصحيح لواقعة دون التقيد بتكييف الخصوم.

إن هذا الاتجاه ، الذي يقيم سبب الطلب القضائي على الفكرة القانونية – سواء نظرنا إلى السبب على أنه النص القانوني أو المبدا القانوني أو التكييف القانوني – إلى المساس بدور القاضي في مجال القانون فبحكم وظيفته ، فهو ملزم بتطبيق القواعد القانونية من تلقاء نفسه على وقائع النزاع . ويدخل التكييف القانوني في مجال القانون . فالقاضي هو الذي يقوم بتكييف الواقعة المعروضة عليه من طرف الخصوم حتي ولو أدى ذلك إلى مخالفة التكييف القانوني الذي تمسك به الخصوم تأييدا لطاباتهم.

وتبعا لذلك ، يعد الخصوم أسيادا في مجال الواقع ، فلهم تحديد الإطار الواقعي لدعواهم ، دون تدخل من القاضي في ذلك ، بالتغيير أو التعديل.

في حين أن القاضي يعد سيدا في مجال القانون ، فهو الذي يتولى تطبيق القواعد القانونية بعد أن يقوم بعملية التكييف القانوني لوقائع النزاع المعروضة عليه[1] ، ولا

---

1. انظر القرار الصادر بتاريخ 2010/01/21 رقم 533451 عن المحكمة العليا ،الفرقة المدنية ، القسم الثالث ، غير منشور ، إذ جاء فيه ما يلي " حيث انه و كما ثابت من وقائع القضية أن الطاعنة قد حصلت على أحكام نهائية تلزم المطعون عليه بدفعة مجموعة من التعويضات لفائدتها .

غير أن المطعون عليه ،قام بالتصرف في العقار الذي يملكه ، تصرف فيه بالهبة لفائدة المدخلة في الخصام ، و هذا ما أدى بالطاعنة إلى رفع الدعوى ضد المطعون عليه طالبة فيها الحكم بإبطال هذا العقد المضر بمصالحها ، و قد اعترضت الطاعنة باعتبارها دائنة للمطعون عليه على التصرف الذي قام به إضرارا بها.

ولذلك كان يتعين على قضاة الموضوع أن يصبغوا على تلك الوقائع التي تتمسك بها الطاعنة الوصف القانوني الحق ، ولا يلزمهم التكييف الذي يتمسك به الخصم.

وحيث أن الطاعنة قد تمسكت أمام قضاة الموضوع بطلب إبطال التصرف الذي أقدم عليه المطعون عليه باعتبار مدينا لها و قد اضر بها ،و بذلك فهي في حقيقة الأمر تتمسك بدعوى عدم النفاذ المنصوص عليها المادة 191 من القانون المدني ،

<<<<

يزاحمه في ذلك الخصوم، لأن التكييف يعد من المسائل القانونية التي يختص بها القاضي دون سواه.

وبعد أن تطرقت إلى الاتجاه الأول الذي يقيم سبب الطلب القضائي على الفكرة القانونية، وما وجه إليه من نقد، انتقل إلى دراسة الاتجاه الثاني الذي يقيم سبب الطلب القضائي على الفكرة الواقعية البحتة على التفصيل التالي:

ثانيا : إقامة سبب الطلب القضائي على الفكرة الواقعية البحتة

يرى اتجاه في الفقه، أن سبب الطلب القضائي يتكون من عناصر واقعية بحتة، ولا يتضمن أية فكرة قانونية[1].

وتبعا لذلك يعرف سبب الطلب القضائي على أنه عبارة "عن مجموع الوقائع المولدة للحق المطالب"[2] فلا يدخل النص أو المبدأ أو التكييف القانوني في تكوين سبب الطلب القضائي[3].

ويرى هذا الاتجاه أن كل دعوى قضائية تتكون من عنصرين، أولهما عنصر الواقع الذي يتمسك به الخصوم امام القاضي وهم الذين يحملونه اليه ويطلبون منه تطبيق عليه القانون وثانيهما عنصر القانون

<<<<
تبعا لذلك كان يجب على قضاة الموضوع أن يقوموا بالتكييف القانوني الصحيح، وأن ينتهوا إلى مناقشة دعوى عدم النفاذ فإذا وجدوا أن التصرف الذي أقدم عليه المطعون عليه قد أدى إلى إعساره ولا تستطيع أن تستوفي دينها بسبب افتقار المدين، نتيجة هذا التصرف، صرحوا بعدم نفاذ هذا التصرف في حق الطاعنة، وبذلك تستطيع الدائنة أن تنفذ عليه، أما إذا وجدوا أن ذمة المطعون عليه مليئة تمكن الطاعنة من الوفاء بدينها صرحوا برفض هذه الدعوى.
وحيث أن القضاة الموضوع عندما انتهوا إلى رفض الدعوى على أساس انه لا يجوز للطاعنة أن ترفع دعوى إبطال عقد لم تكن طرفا فيه، قد أخطأوا في تكييف وقائع القضية، تكييفا صحيحا بل كان مطروحا عليهم دعوى عدم نفاذ التصرف الذي أقدم عليه المطعون عليه وليس دعوى الإبطال.
مما يعد ذلك خطأ في تطبيق المادة 191، يعرض القرار المطعون فيه للنقض "

1 - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 52، 51.

2 - نبيل إسماعيل عمر، سبب الطلب القضائي، المرجع السابق، ص 95.

3 - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 60.

إن وظيفة القاضي هو تطبيق القانون على الواقع الذي يعرضه عليه الخصوم ، والخصم هو الذي يحمل الواقع إلى القاضي ، وهو الذي يتحمل عبء اثباته ، في حين ان القاضي يلتزم بتطبيق القانون على الواقع المحمول إليه ، وهذا ما تعبر عنه المقولة المشهورة التي تجري على لسان القاضي مخاطبا الخصم بقوله: أعطني الواقع أعطيك القانون.

ولذلك فقد رسم القانون لكل من القاضي والخصم نطاق العمل في الخصومة المدنية ، وقسم عليهما العمل بحيث لا يجوز لأي منهما تجاوز هذا النطاق.

ومن الأمثلة على سبب الدعوى ، في دعوى التعويض عن حادث اصطدام سيارتين ، فهو مجموع الوقائع التي يستند إليها المدعي في طلبه ، وذلك عندما يتمسك فيه من أن المدعى عليه كان يسير بسيارته ليلا على الجانب الأيسر من الطريق دون أن يضيئ الأنوار ، مما أدى إلى اصطدامه بسيارته وإتلافها[1].

أو يتمسك المدعي في الدعوى المسؤولية العقدية والتي تجري وقائعها عل النحو التالي: انه تعاقد مع الناقل على ان ينقل له البضائع الى مكان التسليم سالمة ، غير انه تسلم إياها ، وهي في حاله التلف طالبا الحكم له بالتعويض .

وتعريف سبب الطلب القضائي على أنه عبارة عن مجموع الوقائع المولدة للحق المطالب له امام القضاء فهو لا يخرج أن يكون في دعوى التعويض عن حادث الاصطدام بين السيارتين فعل الاصطدام نفسه[2] ، وفي دعوى المسؤولية العقدية ليس الا الخطأ العقدي ، أو إخلال المتعاقد الآخر بالتزامه العقدي.

وسبب الطلب القضائي في دعوى استحقاق الملكية لا يعدو ان يكون عقدا أو ميراثا أو تقادم المكسب أو وصية أو غير ذلك من اسباب كسب الملكية.

ولا يعدو أن يكون سبب الطلب القضائي في دعوى التطليق إخلال الزوج بالتزاماته كضرب الزوج لزوجه ضربا مبرحا أو عدم الانفاق عليها أو اهمالها وغير ذلك.

1- هشام علي صادق ، المرجع السابق ، ص 60.
2- هشام علي صادق ، المرجع السابق ، ص 60.

وتبعا لذلك، فإن الاتجاه الذي يقيم سبب الطلب القضائي على الفكرة القانونية، يؤدي إلى سلب سلطة القاضي في مجال التطبيق التلقائي للقاعدة القانونية، وهذا يتنافى مع دوره في الدعوى المدنية[1].

فإذا نظرنا إلى سبب الطلب القضائي على أنه النص القانوني أو المبدأ القانوني أو التكييف القانوني، فلا يجوز للقاضي أن يعدل النص أو المبدأ أو التكييف القانوني، حتى لو اصبح لا ينطبق على وقائع النزاع المعروضة عليه على أساس أنه محظور عليه أن يغير من السبب، وهذا يعد تقييدا لدور القاضي في مجال القانون الذي يجب أن يكون فيه طليقا[2].

ويؤكد الرأي الصحيح لدى أغلب الفقهاء على الدور الذي يضطلع به كل من الخصم والقاضي فالأول لمعرفته للواقع وهو الذي يقدمه إلى القاضي ويقع على عاتقه عبء اثباته، في حين أن دور القاضي ينحصر في معرفته للقانون ويطبقه تلقائيا، فإذا تمسك الخصم بالنص القانوني، فليس هناك ما يقيد القاضي بما تمسك به الخصم في مجال القانون، ولا يعدو ذلك إلا مجرد اقتراح منه قد يأخذ به وقد لا يأخذ به، فإذا رأى القاضي ان النص لا ينطبق على الوقائع المعروضة عليه طرحه، وطبق القاعدة القانونية تلقائيا على هذه الوقائع.

إن الخصم هو الذي يحمل مجموع الوقائع إلى القاضي، وهذا الأخير هو الذي يقوم بعملية التكييف القانوني، وهو الوصف القانوني الذي يصبغه القاضي على مجموع الوقائع المعروضة عليه.

فإذا رفع شخص دعوى يطالب فيها بحماية الحيازة وتبين من خلال وقائع القضية أن الدعوى التي رفعها الشخص هي دعوى ملكية وليست دعوى الحيازة، فعلى القاضي أن

1 - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 52.

2 - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 52.

يصبغ التكييف القانوني لهذه الوقائع دون أن يعتد بالوصف (التكييف) الذي تمسك به الخصم[1].

ويتبين مما تقدم أن دور الخصوم ينحصر في الواقع فهم الذين يتمسكون به ويضطلعون بإثباته ويقع على عاتق القاضي التزام سلبي حيث لا يجوز له أن يغير من هذا الواقع وإلا مس بمبدأ الحياد لأن دور القاضي ينحصر في مجال تطبيق القانون الذي يعرفه . ولا يجوز له أن يفوض غيره في مسألة تتعلق بالقانون . كما يفعل بعض القضاة الذين يسندون مهمة تحديد الورثة وانصبتهم إلى الموثق باعتباره خبيرا[2].

إن تحديد الورثة ونصيب كل واحد منهم في التركة مسألة قانونية بحتة لا تتعلق بالواقع . كما أنه لا يجوز للقاضي أن ينيب عنه خبيرا لقراءة الوثائق وتحديد المالك . لأن

1- انظر قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، القسم الأول ، الصادر بتاريخ 1991/06/12 ، رقم 74583 ، غير منشور ، حيث صرح قضاة الموضوع برفض دعوى الطاعنة ، على أساس شروط دعوى الحيازة غير متوفرة في حين أنها جمعت بين الدعويين مما يترتب عليه سقوط دعوى الحيازة وبقاء دعوى الملكية التي يجب الفصل فيها بدل رفضها . مما يشكل ذلك خطأ في تكييف وقائع الدعوى.

2- انظر قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، القسم الثالث ، الصادر بتاريخ 03 فيفري 1999 رقم 174415 غير منشور حيث جاء فيه ما يلي:

" حيث ينعي الطاعنون على القرار المطعون فيه ، بدعوى أنهم تمسكوا بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة استنادا إلى أحكام المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية.

فلا يحوز المطعون عليه على أية صفة فهو ليس وارثا ، وأن القرار المطعون فيه عندما انتهى إلى تعيين موثق لتحرير الفريضة من أجل تحديد ورثة الهالك (ع.م) يعد ذلك خرقا لقاعدة جوهرية في الإجراءات . مما يعرض القرار المطعون فيه للبطلان.

وحيث أن ما يعيبه الطاعنون على القرار المطعون فيه في محله . ذلك أن كل قضية تعرض على القضاء تحتوي على عنصرين ، عنصر القانون وعنصر الواقع وإذا كان القانون يجيز للقاضي أن يستعين بأهل الخبرة ، فيما يتعلق بعنصر الواقع لأجل إثباته استنادا إلى أحكام المادة 43 من قانون الإجراءات المدنية.

ولكنه يحظر عليه – وبصفة مطلقة – أن يستعين بغيره ، فيما يتعلق بعنصر القانون مهما كان معقدا ، باعتبار القاضي هو الخبير الأعلى في المسائل القانونية.

وحيث أن الرخصة التي يملكها القاضي والتي تسمح له أن يستعين بأهل الخبرة تنحصر في مجال الواقع و لا تمتد إلى المسائل القانونية.

وحيث أن مسألة تحديد الورثة وأنصبتهم هي من المسائل القانونية التي تدخل ضمن اختصاص القاضي فيجب عليه أن يقوم هو بنفسه بذلك أي بتحرير ما يسمى بالفريضة و لا يجوز له أن يتنازل عنها لغيره.

وحيث أن قضاة الموضوع ، عندما كلفوا موثقا بتحرير الفريضة ، فقد كلفوه بمسألة قانونية ، وليست مسألة واقع ، وأن القضاء بما يخالف ذلك يعد انتهاكا صارخا للقواعد الجوهرية في الإجراءات ، يعرض قضاءهم للبطلان."

المسألة مسألة قانونية بحتة لا علاقة لها بالواقع . وبالتالي لا يجوز له أن يتنازل عن دوره المتعلق بالمسائل القانونية إلى الغير مهما كانت هذه المسائل القانونية معقدة.

في حين انه يجوز للقاضي أن ينيب عنه الخبراء فيما يتعلق بالواقع كتحديد المساحة المعتدى عليها . أو تحديد نسبة العجز أو تحديد الأضرار التي لحقت بالسيارة جراء حادث الاصطدام إلخ .... ،

فالعنصر القانوني هو من اختصاص القاضي ولا يزاحمه فيه الخصوم . أما العنصر الواقعي فهو من اختصاص الخصوم ولا يجوز للقاضي أن يغير منه أو يعدله.

وتعريف سبب الطلب القضائي على أنه مجموعة الوقائع المولدة للحق المطالب به . وبذلك لا تعتبر الواقعة المولدة للحق . إلا إذا كانت منتجة في الدعوى . فإذا كانت الواقعة المولدة للحق ، هي واقعة التصادم بين السيارتين . فهي الواقعة التي يرتب عليها القانون الأثر القانوني وهو تعويض المضرور عما أصابه من ضرر.

إن سبب الطلب القضائي ، ما هو إلا الواقعة المنشئة للحق المطالب به ، وينتج عن هذا التعريف للسؤال التالي:

فما هو الفرق بين سبب الطلب القضائي ومحل الاثبات وما علاقة السبب بأدلة الاثبات المختلفة ووسائل الدفاع الأخرى وهي المسائل التي أتطرق إليها فيما يلي:

الفرع الثاني
تمييز سبب الطلب القضائي عن غيره من الأفكار الأخرى

في هذا الفرع سأتطرق الى تميز سبب الطلب القضائي عن ادله الاثبات و تمييزه عن وسائل الدفاع على الوجه التالي:

1 - تمييز سبب الطلب القضائي عن أدلة الإثبات

سبب الطلب القضائي مفهوم على أنه عبارة عن مجموعة الوقائع المولدة للحق المطالب به .او بعباره اخرى فهو مجموعة من الوقائع المنشئة للحق المطالب به أمام القضاء ، وهو الحق المطالب به و المتنازع عليه.

ولقد سبقت الإشارة إلى أن المدعى هو الذي يحمل الواقع الى القاضي وهو الذي يضطلع بعبء اثباته

والسؤال المطروح حول ماذا يثبت المدعي أمام القاضي ؟

والإجابة عن هذا السؤال نقول : ان المدعي هو الذي يقوم باثبات سبب الطلب القضائي و هذا الأخير هو محل الاثبات . فإذا كان التصرف القانوني هو سبب الطلب القضائي ، فإن هذا التصرف هو ذاته محل الإثبات الذي يجب على المدعي ان يقدم ما يثبته ، وسبب دعوى التعويض عن حادث اصطدام السيارتين ، فمحل الإثبات يقع على فعل الاصطدام ذاته ، فيجب على المدعي ان يثبت وأن المدعى عليه هو الذي تسبب بخطئه في وقوع الحادث وفعل الاصطدام باعتباره واقعة مادية يجوز إثباته بكافة طرق الاثبات بما فيها البينة و القرائن.

وإذا كان سبب الطلب القضائي[1] هو عبارة عن مجموعة من الوقائع المولدة للحق المطالب به ، فإن هذه الوقائع أي سبب الطلب القضائي يجب اسناده بدعائم تقوم عليها ، وهذه الدعائم هي طرق الاثبات المقررة قانونا ، وهي الكتابة والبينة والقرائن إلخ ....

وتبعا لذلك ، يجب التمييز بين سبب الطلب القضائي وبين أدلة الاثبات ، فالواقعة المولدة للحق المطالب به ، يمكن أن تثبت بأدلة مختلفة ، ومن ثمة فالعبرة بقيام حجية الشيئ المقضي به هو باتحاد السبب في الدعويين ، رغم اختلاف الأدلة فيها ، فإذا ادعى شخص بوفاء الدين ، وطلب إثبات ذلك بواسطة شهادة الشهود ، ولكن المحكمة لم تقتنع بشهادة الشهود ، فقضت بالزام المدين بالوفاء الدين ، فلا يقبل من المدين أن يرفع

1. يجب تحديد سبب الطلب القضائي تحديدا كافيا نافيا للجهالة فإذا كان عقدا فيوصف هذا العقد وذكر أطرافه وموضوعه وتاريخه ... و عدم تعيين السبب يترتب عليه بطلان العريضة الافتتاحية للخصومة.

دعوى أخرى ببراءة ذمته بالوفاء، ولو كان يستند في الدعوى الجديدة إلى مخالصة مكتوبة[1].

---

1 - سليمان مرقس، أصول الإثبات، ص 246.

- انظر القرار الصادر بتاريخ 21 مارس 2007 رقم 358529 عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القسم الثالث، غير منشور، حيث جاء فيه مايلي:

" حيث تعيب الطاعنة على القرار المطعون فيه، بدعوى أن قضاة الموضوع ذهبوا إلى القول أن الطاعنة سبق لها أن تمسكت في دفاعها في الدعوى الأصلية (لأجل نفي مسئوليتها) عن السياقة في حالة سكر، ولكنها إلى جانب ذلك قد أنكرت علاقتها مع المطعون عليه، وأكدت أنه لا يوجد ما يثبت تلك العلاقة، كما أن قضاة الموضوع حملوا الطاعنة عبء إثبات عدم وجود عقد تأمين، في حين أن الأصل يقضي بأن عبء الإثبات يقع على عاتق المطعون عليه باعتباره مدعيا أصليا في الدعوى، وأن القضاء خلاف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون يعرض القرار المطعون فيه للنقض.

لكن ما تعيبه الطاعنة على القرار المطعون فيه، ليس في محله، ذلك أن الدعوى الأصلية القائمة بين الفرقاء كان موضوعها يرمي إلى الحصول على مبلغ نقدي تعويضا عن الخسائر المادية الملحقة بالسيارة، في حين كان سببها يتمحور في فعل التصادم، ومن أجل نفي مسؤوليتها تمسكت بالوسيلة المتمثلة في سياقة المطعون عليه في حالة سكر.

وحيث أن الطاعنة رفعت الدعوى الجديدة والتي ترمي من خلالها إلى طلب استرداد مبلغ التعويض الذي قبضه المطعون عليه استنادا إلى انعدام مسؤوليتها اتجاه هذا الأخير لانعدام عقد التأمين، وأن ما تمسكت به الطاعنة في الدعوى الجديدة، لا يعد وأن يكون من وسائل الدفاع، طالما أن موضوع الدعوى الأصلية والجديدة واحد، وكذا بالنسبة للسبب فهو واحد، يتمثل في فعل التصادم، وأن الذي تغير يتعلق بوسيلة الدفاع، إذا تغيرت من السياقة في حالة سكر إلى انعدام عقد التأمين.

وحيث أن تغيير وسائل الدفاع لا يحول دون قيام الحجية، طالما أن الموضوع والسبب هو واحد في الدعويين، مما يتعين معه التصريح برفض هذا الوجه"

- انظر قرار الصادر بتاريخ 2012/02/16 رقم 769555، عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القسم الثالث، غير منشور، إذا جاء فيه مايلي:

" حيث أن الطاعن يعيب على القرار المطعون فيه بدعوى أنه تمسك أمام المحكمة والمجلس بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها استنادا إلى الحكم المؤرخ في 2007/11/20 القاضي برفض الدعوى لعدم الإثبات وأن هذا الحكم المؤيد بالقرار قد فصل في الموضوع، وقبول دعوى المطعون عليه يعد خطأ في تطبيق القانون مما يعرضه للنقض.

وحيث أن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه، في محله، ذلك أن الطاعن قد سبق له وأن تمسك بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيه، ذلك أن الطاعن قد سبق له أن تمسك بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها استنادا إلى الحكم المؤرخ في 2007/11/20 المؤيد بالقرار المؤرخ في 2008/03/24 الذي قضى فيه برفض دعوى المطعون عليه لعدم الإثبات.

وحيث أن الحكم الصادر برفض الدعوى لعدم تقديم المدعي دليلا لإثبات إدعائه هو حكم صادر في الموضوع يحوز حجية الشيء المقضي به.

وحيث أن المدعي الأصلي (المطعون عليه) عندما أعاد رفع نفس الدعوى من جديد، ولكن في هذه المرة استند في إدعائه إلى توجيه اليمين الحاسمة، وبالتالي يكون قد غير من وسيلة الإثبات.

وحيث أن تغيير وسيلة الإثبات لا يحول دون قيام الحجية، ما دام عناصر الطلب الأصلي، من حيث الأشخاص والمحل والسبب، هي واحدة، لم تتغير في الدعوى الجديدة، وقبولها في هذه الحالة يشكل مخالفة لأحكام المادة 338 من القانون المدني، مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض".

ولذلك فإنه من المتصور أن يكون سبب الطلب القضائي واحدا . في حين أدلة الاثبات تتعدد . فإذا كان موضوع الطلب القضائي هو ابطال العقد وكان سبب الابطال هو التدليس . فإن أدلة اثبات التدليس قد تتعدد اذا يحق للخصم أن يثبت التدليس بالدليل الكتابي أو البينة أو القرائن . في حين يبقي السبب واحدا و هو التدليس.

يجب كذلك التمييز بين سبب الطلب القضائي وبين وسائل الدفاع القانونية[1] . وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

2 - تمييز سبب الطلب القضائي عن وسائل الدفاع القانونية

تنقسم وسائل الدفاع القانونية الى وسيلة الدفاع القانونية البحتة . ووسيلة الدفاع الموضوعية أو الواقعية . ووسيلة الدفاع التي يختلط فيها الواقع بالقانون . وأتطرق إلى هذه المسائل كما يلي:

أ - وسيلة الدفاع القانونية البحتة

إن وسيلة الدفاع القانونية البحتة . هي تلك الاوصاف التي توصف بها الواقعة الواحدة . فيمكن أن توصف بعدة أوصاف قانونية . فالفعل الضار مثلا هو الواقعة التي يتولد عنها الحق في التعويض للمضرور . فالفعل الضار هو سبب الطلب القضائي في دعوى المسؤولية . أما وصف أو تكييف هذا الفعل بأنه موجب للمسؤولية عن الخطأ الشخصي . أو عن فعل الغير أو عن فعل الأشياء . فلا يعدو ذلك أن يكون مجرد وسائل الدفاع القانونية[2] . التي لا يحول تعددها واختلافها في الدعويين دون حيازة الحكم لحجية الشيئ المقضي به . أما سبب الطلب القضائي المتمثل في الفعل الضار فهو واحد . أما إذا اختلف السبب فيؤدي ذلك إلى اختلاف الدعويين.

---

1 - سليمان مرقس ، أصول الإثبات ، ص 246.
2 - نبيل إسماعيل عمر ، سبب الطلب القضائي ، المرجع السابق ، ص 200.

أن وسائل الدفاع القانونية البحتة يمكن التمسك بها لأول مرة أمام جهة الاستئناف. كما يمكن التمسك بها لأول مرة أمام المحكمة العليا، بشرط أن يكون أساسها الواقعي قد سبق التمسك به أمام قضاة الموضوع[1].

ومن الأمثلة على ذلك ماقضت به المحكمة، حيث أثارت وجها تلقائيا مأخوذا من الخطأ في تطبيق، وذلك أن القرار[2] المنتقد قد قضى بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها، في حين ان موضوع الدعوى الأولى يرمي إلى طرد الطاعن من القطعة الترابية المتنازع عليها، بينما كانت الدعوى الجديدة ترمي إلى تحديد مساحة الملكيتين المتجاورتين، وبالتالي يكون موضوع الدعويين مختلفا، ولما انتهى قضاة الموضوع في قرارهم بعدم قبو الدعوى لسبق الفصل فيها، فقد أخطأوا في تطبيق المادة 338 من القانون المدني.

وما آثارته المحكمة العليا [3] ليس سوى وسيلة الدفاع القانونية البحتة، ومن ثمة يجوز لأية جهة قضائية أن تستبدل وسيلة الدفاع القانونية البحتة بأخرى، طالما أنها لا ترى بين الوسيلتين أي خلاف فيما يتعلق بالسبب[4]، أي مادام السبب باقيا ثابتا لم يتغير، فيمكن تغيير الوصف القانوني.

ب - وسيلة الدفاع الواقعية

وسائل الدفاع الواقعية او الموضوعية، هي تلك الوسائل التي تتعلق بالواقع، والتي لا يجوز للقاضي أن يثيرها تلقائيا احتراما لحقوق الدفاع، ولا يحتج بها إلا إذا وردت بصدد وقائع عرضت عليه وتم تحقيقها ومناقشتها من طرف الخصم احتراما لمبدأ المواجهة.

---

1 - نبيل إسماعيل عمر، الطعن بالاستئناف، المرجع السابق، ص 518.

2 - انظر القرار الصادر بتاريخ 1992/06/24 رقم 82264 عن المحكمة العليا، الفرفة المدنية، القسم الأول، غير منشور.

3. انظر القرار الصادر بتاريخ 1992/04/19، عن المحكمة العليا، الفرفة المدنية، القسم الأول، غير منشور، حيث رفعت دعوى الإلغاء موجهة ضد عقد إداري، فقضت بقبول الدعوى وبإبطال العقد الإداري، في حين أن دعوى المسؤولية العقدية للإدارة، ترفع أمام الفرفة الإدارية بالمجلس القضائي التي تفصل فيها بحكم قابل للاستئناف، أما دعوى الإلغاء فترفع طبقا للتشريع القديم – أمام الفرفة الادارية بالمحكمة العليا، وهنا وقع خطأ في تكييف وقائع الدعوى هذه الدعوى هي دعوى التعويض الكامل، و ليست دعوى الإلغاء.

4 . نبيل إسماعيل عمر، الطعن بالاستئناف، المرجع السابق، ص 519.

ويرى الفقه أن الوسيلة الواقعية تتميز عن السبب، بحسب درجتها أو أهميتها، فالوسيلة الواقعية يمكن تكييفها بالسبب البعيد بالنسبة لموضوع الطلب القضائي. أما سبب هذا الاخير فيقصد به السبب الحقيقي، وأن الاختلاف بين الوسيلة الواقعية والسبب ليس اختلافا في الطبيعة. وإنما في الدرجة فيما يتعلق بتحريك الاثر القانوني الموجود بالقاعدة القانونية[1].

ومن الأمثلة على ذلك، فإن سبب الطلب القضائي الذي يتمسك به الخصم في الدعوى الرامية إلى اصلاح الضرر الذي لحق به اثر حادث السيارة[2].

فيتحدد سبب الطلب القضائي بواقعة التصادم. أما أنه يرجع إلى حالة السكر أو السرعة المفرطة أو اختلال توازن عجلات السيارة كل ذلك يعد من قبيل وسائل الدفاع الواقعية[3]. لا يحول تعددها و اختلافها دون ان يجوز الحكم حجيه الشئ المقضي فيه.

3 - وسيلة الدفاع التي يختلط فيها الواقع بالقانون

كل طلب قضائي يتضمن عنصرين. عنصر الواقع وعنصر القانون. الذي يطبق على هذا الواقع ولا يمكن للقانون أن يحيا بدون تحقيق وتحصيل هذا الواقع.

وتبعا لذلك، فإنه يجب ان يطبق القانون على الواقع الذي قدمه الخصم إلى القاضي، وتم تحقيقه ومناقشته من قبل الخصم.

ومن ثمة إذا طرحت على المحكمة العليا الوسيلة القانونية البحتة وكانت تفتقر إلى الأساس الواقعي، فيقضى بعدم قبولها باعتبارها وسيلة يختلط فيها الواقع بالقانون، وهذه

---

1 - نبيل إسماعيل عمر، سبب الطلب القضائي، المرجع السابق، ص 239.

2 - نبيل إسماعيل عمر، سبب الطلب القضائي، المرجع السابق، ص 19.

3 - انظر قرار الصادر بتاريخ 1998/07/01 المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القسم الأول، غير منشور، إذ جاء فيه ما يلي:
"حيث أن الطاعنة نعت على القرار المطعون فيه، بدعوى أن المطعون عليه لم يقم بوضع آلة تحت الأرض للوقاية من الضغط الكهربائي، مما يعد ذلك خطأ منه.
وحيث أن ما تعيبه الطاعنة على القرار المطعون فيه في غير محله لأن ما تمسكت به الطاعنة بعدم وضع المطعون عليه آلة تحت الأرض للوقاية من الضغط الكهربائي يعد دفاعا، يشكل وسيلة الدفاع الواقعية، لا يجوز تمسك بها لأول مرة أمام المحكمة العليا"

الوسيلة تأخذ نفس الحكم الذي تأخذه وسيلة الدفاع الواقعية ، فيجوز التمسك بها في اي مرحلة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام جهة الاستئناف لأنها تعد من وسائل الدفاع.

ولكن يحظر على الخصم أن يتمسك بها لأول مرة أمام المحكمة العليا ، لأن قبولها منها يتطلب منها أن تخوض في الواقع تحقيقا واثباتا ، مما لا تملكه ، لأن ذلك يدخل في سلطات قضاة الموضوع.

ومن الأمثلة على ذلك ماتمسك به الخصم لأول مرة أمام المحكمة العليا ، بطلب ابطال القرار المطعون فيه ، على أساس أن الطاعنة ، وهي شركة التأمين غير ملزمة بالتعويض عن حادث المرور الذي تسبب فيه المطعون ضده مالك الدراجة النارية التي يفوق حجم محركها نسبة معينة ، وأن نوع هذه الدراجة يستوجب القانون على سائقها أن يحصل على رخصة السياقة ، في حين أن سائقها كان يسوقها بغير أن يكون حاصلا على هذه الرخصة ، ولما كان على غير ذلك فإن شركة التأمين غير ملزمة بالتعويض.

وإذا كان القانون يتطلب رخصة السياقة ، فهذه وسيلة قانونية بحتة ، ولتطبيق هذا النص يستوجب البحث والتحقيق عن مواصفات محرك هذه الدراجة ، فيما ما إذا كان من النوع الذي ينص عليه القانون أم لا ؟

وهذه مسألة تتعلق بالواقع. وعندما تمسكت شركة التأمين بهذ الوسيلة لأول مرة أمام المحكمة العليا ، مما يستلزم على هذه الأخيرة ، أن تقوم بالبحث و التحقيق عن نوع المحرك ، وهذا خوض في الواقع لا تملكه ، وتبعا لذلك صرحت بعدم قبول هذا الوجه على أساس أنه يشكل وسيلة يختلط فيها الواقع بالقانون.

وتلك هي العناصر التي يتكون منها الطلب القضائي ، ويتميز سبب الطلب القضائي عن أدلة الإثبات ووسائل الدفاع الاخرى فتعددها واختلافها لا يحول دون قيام الحجية.

وتبعا لذلك قد يثور التساؤل في الذهن ، فهل يجب أن تبقى هذه العناصر ثابتة أمام المحكمة الابتدائية ، وإذا وقع الاستئناف في هذا الحكم ، فهل يجب أن تطرح على جهة الاستئناف نفس عناصر الطلب القضائي التي تم طرحها أمام محكمة الدرجة الأولى ؟

اجابة عن هذه الأسئلة نقول: أنه طبقا للقاعدة العامة ، التي تقضي بعدم قابلية عناصر الطلب القضائي إلى التغيير أمام الدرجة الأولى ، فيجب ان تبقى ثابتة ، غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة بل ترد عليها بعض الاستثناءات ، فيمكن ان تطرأ بعض تغيرات على عناصر الطلب القضائي عن طريق الطلبات العارضة التي سأتطرق إليها في المبحث المقبل. ويبقى لنا في هذه المرحلة أن اتناول مدى جواز تغيير عناصر الطلب القضائي أمام جهة الاستئناف.

و سأتطرق إلى ذلك من زاوية مدى قبول الطلبات الجديدة أمام جهة الاستئناف ، على الوجه التالي:

الفرع الثالث
قاعدة عدم جواز إبداء طلبات جديدة في الاستئناف

مقدمة

تنص المادة 341 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: " لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف....." ويستخلص من هذا النص القاعدة العامة[1] ، التي تمنع تقديم الطلبات الجديدة في الاستئناف ، وينساب هذا الحظر من قاعدة التقاضي على

---

1. انظر القرار الصادر بتاريخ 2010/07/22 رقم 585816 عن المحكمة العليا ،الغرفة المدنية ،القسم الثالث . حيث جاء فيه ما يلي :

" حيث انه و كما هو ثابت من وقائع القضية أن المطعون عليهم رفعوا الدعوى على المدعو (ح ، ص) وطلبوا فيها بإبطال عقد الهبة المحرر بتاريخ 1999/08/30 ، و قد انتهت الدعوى إلى الحكم المؤرخ في 2007/02/03 القاضي بعدم قبول الدعوى شكلا.

استأنف المطعون عليهم هذا الحكم ضد كل من (ح ، ص) و (ب ، س) و تمسكوا بطلب إبطال عقد البيع المحرر بتاريخ 2000/05/08 و المشهر بالمحافظة العقارية بتاريخ 2000/06/25 ، وقد انتهى الاستئناف إلى إلغاء عقد البيع المومى إليه أعلاه.

حيث أن المطعون عليهم طلبوا أمام المحكمة الابتدائية ، إبطال عقد الهبة المحرر يوم 1999/08/30 في حين تمسكوا أمام جهة الاستئناف بطلب إبطال عقد البيع المحرر بتاريخ 2000/05/08 وهو الطلب الذي استجاب إليه قضاة الاستئناف.

وحيث أن قضاة الاستئناف عندما قبلوا طلب إبطال عقد البيع المشار إليه المقدم إليهم لأول مرة أمام جهة الاستئناف يعد قبولا لطلب جديد مما يشكل خرقا لأحكام المادة 107 من قانون الإجراءات المدنية يعرض القرار المطعون فيه للنقض".

درجتين ، وكذلك ترجع إلى الأثر الناقل للاستئناف ، الذي يقضي أن ينحصر النزاع على الأوجه المعروضه على المحكمة وفصلت فيها .

ولكي يعتبر الطلب طلبا جديدا يكفي ان يطرأ تغير على احد عناصر الطلب القضائي ، سواء تعلق هذا التغير بعنصر المحل أو السبب أو بعنصر الأشخاص.

غير أن هذا المنع من إبداء طلبات جديدة في الاستئناف لا يجري على إطلاقه ، بل ترد عليه عدة استثناءات قد تتعلق بعنصر المحل أو السبب أو عنصر الأشخاص.

وتبعا لذلك ، سأتناول هذه الاستثناءات من القاعدة العامة المتعلقة بعنصر المحل و السبب و أخيرا عنصر الأشخاص على الوجه التالي:

أولا: تعديل الطلب القضائي من حيث المحل

فقد أوردت كل من المادة 341 ، 342 من نفس القانون ، عدة استثناءات ، تجيز تعديل عنصر المحل أو الموضوع ، في الاستئناف والمقبولة استثناء هي: طلب المقاصة ، طلب استبعاد ادعاءات الخصم الآخر ، الطلب الذي يهدف الى الفصل في المسائل المتولده عن اكتشاف واقعة امام جهه الاستئناف ، وملحقات الطلب الأصلي ، وطلب التعويض عن الضرر الحاصل من جراء الحكم او منذ صدوره و الطلبات الرامية إلى الفصل في المسائل الناتجة عن تدخل الغير. وإلى تفصيل هذه المسائل فيما يلي:

1 - المقاصة القضائية

لقد نصت المادة 341 المشار إليها سابقا على الا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف ماعدا الدفع بالمقاصة الواردة في هذا النص يقصد بها المقاصة القضائية ، وليست المقاصة القانونية لأن هذه الأخيرة أي المقاصة القانونية يتولد عن التمسك بها دفع موضوعي ومن ثم فهي تشكل وسيلة دفاع ، يجوز التمسك به في ايه مرحلة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام جهة الاستئناف طبقا للقواعد العامة.

في حين أن التمسك بالمقاصة القضائية يتولد عنها طلب عارض ويشترط لقبول المقاصة القضائية ، تقابل الدينين ، وصلاحيتهما للمطالبة بهما قضاء ، وقابليتهما للحجز ، والتماثل في المحل بين الدينين ، واستحقاقهما للأداء[1].

ولا تكون المقاصة القضائية إلا في صورة طلب عارض يدفع بها الدعوى الأصلية ، حيث يطلب المدعى عليه من القاضي في الدعوى العارضة إسقاط الدين الذي له على المدعي ، إذا كان الدين متنازعا فيه أو تعيين مقدار الدين إذا لم يكن معلوم المقدار ، ثم بعد ذلك تجرى المقاصة القضائية[2] وينظر القاضي في الدعوى الأصلية والدعوى العارضة ، ويحكم فيهما معا ، بعد أن يحسم في الدين الذي للمدعى عليه في ذمة المدعي ، أو بعد أن يعين مقداره ، وتبعا لهذا تجري المقاصة القضائية بعد أن أصبحت ممكنة وينقضي الدينان بقدر الأقل منهما[3].

وتعتبر المقاصة القضائية من الطلبات المقابلة ، وهي تشكل إحدى صور الطلبات العارضة ، ويتمسك بها المدعى عليه لرد الطلب الأصلي ، وإذا طرحت أمام جهة الاستئناف ، فتشكل طلبا جديدا في كافة عناصره ، إلا أنه مقبول استثناء من القاعدة العامة.

2 - الطلب الجديد كوسيلة لأسبعاد ادعاءات الخصم الآخر

يكون الطلب الجديد مقبولا ، إذا أثير لأول مرة أمام جهة الاستئناف ، وكان بمثابة وسيلة دفاع وحيدة لرد ادعاءات الخصم الآخر ، أي لرد الطلب الأصلي وهذا ماتنص عليه المادة 341 من نفس القانون بقولها: " لا تقبل الطلبات الجديدة .....ما عدا طلبات اسبعاد الادعاءات المقابلة "، و رغم أن هذه الوسيلة تتضمن طلبا جديدا وليس مجرد رفض الدعوى غير ان هذه الوسيلة تكون مقبولة لكونها أصبحت تقوم بوظيفة الدفاع في الدعوى الأصلية ، كما إذا طلب الخصم أمام الدرجة الأولى طلب تنفيذ العقد ، فيمكن للمستأنف عليه أن يطلب لأول مرة أمام جهة الاستئناف ابطال العقد أو فسخه ، فهذه

1. محمد راتب ، قضاء الأمور المستعجلة ، المرجع السابق ، ص 1003.
2 - السنهوري ، الوسيط الجزء الثالث ، ص 939.
3 - السنهوري ، الوسيط ،المرجع السابق ، ص 941.

الوسيلة تشكل طلبا جديدا متميزا عن طلب التنفيذ او الفسخ ، إلا أنه يستعمل هنا كسبب للدفاع لرد طلبات الخصم[1].

ويحق للخصم أن يتمسك بما شاء من وسائل الدفاع والدفوع سواء كانت دفوعا موضوعية أو إجرائية – مالم يسقط الحق فيها – أو دفاعا بعدم القبول . كما يحق له أن يقدم لأول مرة أمام جهة الاستئناف أدلة جديدة كطلب سماع شاهد أو تعيين خبير أو تحقيق واقعة لم تحقق من قبل.

وحق الخصم في التمسك بالدفوع وأوجه الدفاع ، وأدلة اثبات جديدة ، هو أمر متعلق بحق الدفاع . وكل ما يتعلق باوجه الدفاع ويجوز للخصم أن يتمسك به في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام جهة الاستئناف وهذا ما تؤكد عليه المادة 344 من نفس القانون.

ولا يعد من الطلبات الجديدة ما يقدم لأول مرة أمام جهة الاستئناف من أدلة جديدة كطلب سماع شاهد أو كتعيين خبير أو تحقيق واقعة لم يحقق كل ذلك أمر يتعلق بحق الدفاع.

3 - الطلب الذي يهدف إلى الفصل في المسائل المتولدة عن اكتشاف واقعة أمام جهة الاستئناف

تعرف الواقعة المكتشفة هى تلك الواقعة المدعى بها. والتي ظهرت خلال سير خصومة الاستئناف[2].

وتبعا لذلك ، تعد الواقعة واقعة مكتشفة ، إذا تم هذا الاكتشاف اثناء سير خصومة الاستئناف من الاوراق المطروحة في هذه الخصومة أو من الإجراءات التحقيق التي اجريت فيها[3].

1 - أحمد هندي ، المرجع السابق ، ص 404 و 405.

2 .نبيل إسماعيل عمر ، الطعن بالاستئناف ، المرجع السابق ، ص 543.

3 .نبيل إسماعيل عمر ، الطعن بالاستئناف ، المرجع السابق ، ص 543.

ومن الأمثلة على الواقعة المكتشفة ، تأسيس الحكم بناء على مذكرات تم قبولها بعد قفل باب المرافعة ، أو تلك المسائل التي اثارها القاضي من تلقاء نفسه دون ان تخضع هذه المسائل لمناقشة الخصوم ، سماع أحد الخصوم بعد قفل باب المرافعة ، ويتعين أن توحد الواقعة المكتشفة في ثنايا حكم الدرجة الاولى محل الاستئناف وان تكون ضمن عناصر النزاع في امتداد بين اول الدرجة وثاني الدرجة ، غير أنها كانت غير معروفة من جانب الخصوم او من احدهم ، وتم اكتشاف هذه الواقعة لحظة الطعن بالاستئناف او اثناء خصومة الاستئناف [1].

واستنادا إلى الواقعة المكشفة مما يمكن الخصوم من تقديم طلبات جديدة أمام جهه الاستئناف ، وهي طلبات مقبولة استثناء.

ويجب أن يبقى موضوع وسبب الطلب القضائي الأصلي ثابتا ، كما قدم أمام المحكمة الدرجة الأولى ، رغم وجود الواقعة المكشفة ، وهو الشرط الأساس لقبول الواقعة المكشفة[2].

ويؤكد هذا الفقه أن الواقعة المكشفة امام محكمة الدرجة الثانية ، يجب ان تجد قاعدتها في الطلب القضائي الأصلي ، أي أن تربط الواقعة المكشفة بالادعاء الأصلي والواقعة المكشفة ، تختلف عن الواقعة الجديدة[3] مع وجود الفارق بين الواقعتين.

4 - ملحقات الطلب الأصلي

تنص المادة 342 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "يجوز للخصوم أيضا طلب الفوائد القانونية ومتأخر من الديون وبدل الإيجار والمحلقات الأخرى بعد صدور الحكم المستأنف" ، ويستخلص من هذا النص ، حيث تعتبر من الملحقات كل ما يمكن إضافته إلى الطلب الأصلي دون أن يستغرقه[4] ، وقد أشارت هذه المادة إلى بعض

---

1. نبيل إسماعيل عمر ، الطعن بالاستئناف ، المرجع السابق ، ص 544.
2. نبيل إسماعيل عمر ، الطعن بالاستئناف ، المرجع السابق ، ص 544
3. نبيل إسماعيل عمر ، الطعن بالاستئناف ، المرجع السابق ، ص 549
4. احمد هندي ، المرجع السابق ، ص 402 .

الملحقات كالفوائد وبدل الايجار . والنص يتسع لسائر التوابع[1] . والمحلقات التي يمكن طلبها لأول مرة أمام جهة الاستئناف هي تلك التي تستحق بعد صدور حكم اول درجة.

فإذا طلب المدعي بأصل الدين فيحق له أن يطالب بالفوائد المستحقة على المبلغ المحكوم به له منذ صدور حكم الدرجة الأولى .فاذا طلب بالأجرة . فيجب له ان يطالب بالاجرة المستحقة له منذ صدور الحكم .

وتبعا لذلك فالمطالبة أمام جهة الاستئناف بالمحلقات المستحقة منذ صدور حكم الدرجة الأولى يعد إضافة جديدة إلى الطلب الأصلي . ويعتبر الطلب الاضافي طلبا جديدا[2] . قدم لأول مرة أمام جهة الاستئناف غير أنه مقبول استثناء من القاعدة العامة.

5 - طلب التعويض عن الضرر الحاصل جراء الحكم أو منذ صدوره

تنص المادة 2/342 من نفس القانون على ما يلي : " .... وكذا التعويضات الناتجة عن الأضرار اللاحقة به منذ صدور الحكم " . ويستخلص من هذه الفقرة انه يمكن طلب التعويض عن الأضرار التي وقعت بعد صدور الحكم المستأنف . سواء تعلق الطلب بالتعويض عن تفاقم الأضرار مما يبرر تقديم طلب يتضمن زيادة التعويض عن هذا الضرر أو التعويض عن الضرر الناجم عن تنفيذ الحكم . كالمطالبة بالتعويض الذي أصاب المحكوم عليه جراء تنفيذ الحكم المشمول بالنفاذ المعجل . وقد ألغته جهة الاستئناف.

كما يمكن طلب التعويض عن الطعن التعسفي . وهو طلب جديدا قدم لأول مرة أمام جهة الاستئناف . ورغم ذلك فهو مقبول استثناء . ويكون طلب التعويض في كل الاحوال مقبولا استثناء من القاعدة العامة التي تمنع تقديم طلبات جديدة.

1 . نبيل إسماعيل عمر . قانون أصول المحاكمات . ط1 . سنة 1996 . ص 580.
2 - نبيل إسماعيل عمر . نفس المرجع . ص 580.

درجتين ، وكذلك ترجع إلى الأثر الناقل للاستئناف ، الذي يقضي أن ينحصر النزاع على الاوجه المعروضه على المحكمة وفصلت فيها .

ولكي يعتبر الطلب طلبا جديدا يكفي ان يطرأ تغير على احد عناصر الطلب القضائي، سواء تعلق هذا التغير بعنصر المحل أو السبب أو بعنصر الأشخاص.

غير أن هذا المنع من إبداء طلبات جديدة في الاستئناف لا يجري على إطلاقه ، بل ترد عليه عدة استثناءات قد تتعلق بعنصر المحل أو السبب أو عنصر الأشخاص.

وتبعا لذلك ، سأتناول هذه الاستثناءات من القاعدة العامة المتعلقة بعنصر المحل و السبب و أخيرا عنصر الأشخاص على الوجه التالي:

أولا: تعديل الطلب القضائي من حيث المحل

فقد أوردت كل من المادة 341 ، 342 من نفس القانون ، عدة استثناءات ، تجيز تعديل عنصر المحل أو الموضوع ، في الاستئناف والمقبولة استثناء هي: طلب المقاصة ، طلب استبعاد ادعاءات الخصم الآخر ، الطلب الذي يهدف الى الفصل في المسائل المتولده عن اكتشاف واقعة امام جهه الاستئناف ، وملحقات الطلب الأصلي ، وطلب التعويض عن الضرر الحاصل من جراء الحكم او منذ صدوره و الطلبات الرامية إلى الفصل في المسائل الناتجة عن تدخل الغير. وإلى تفصيل هذه المسائل فيما يلي:

1 - المقاصة القضائية

لقد نصت المادة 341 المشار إليها سابقا على الا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف ماعدا الدفع بالمقاصة الواردة في هذا النص يقصد بها المقاصة القضائية ، وليست المقاصة القانونية لأن هذه الأخيرة أي المقاصة القانونية يتولد عن التمسك بها دفع موضوعي ومن ثم فهي تشكل وسيلة دفاع ، يجوز التمسك به في ايه مرحلة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام جهة الاستئناف طبقا للقواعد العامة.

في حين أن التمسك بالمقاصة القضائية يتولد عنها طلب عارض ويشترط لقبول المقاصة القضائية ، تقابل الدينين ، وصلاحيتهما للمطالبة بهما قضاء ، وقابليتهما للحجز ، والتماثل في المحل بين الدينين ، واستحقاقهما للأداء[1].

ولا تكون المقاصة القضائية إلا في صورة طلب عارض يدفع بها الدعوى الأصلية ، حيث يطلب المدعى عليه من القاضي في الدعوى العارضة إسقاط الدين الذي له على المدعي ، إذا كان الدين متنازعا فيه أو تعيين مقدار الدين إذا لم يكن معلوم المقدار ، ثم بعد ذلك تجرى المقاصة القضائية[2] وينظر القاضي في الدعوى الأصلية والدعوى العارضة ، ويحكم فيهما معا ، بعد أن يحسم في الدين الذي للمدعى عليه في ذمة المدعي ، أو بعد أن يعين مقداره ، وتبعا لهذا تجري المقاصة القضائية بعد أن أصبحت ممكنة وينقضي الدينان بقدر الأقل منهما[3].

وتعتبر المقاصة القضائية من الطلبات المقابلة ، وهي تشكل إحدى صور الطلبات العارضة ، ويتمسك بها المدعى عليه لرد الطلب الأصلي ، وإذا طرحت أمام جهة الاستئناف ، فتشكل طلبا جديدا في كافة عناصره ، إلا أنه مقبول استثناء من القاعدة العامة.

2 - الطلب الجديد كوسيلة لأسبعاد ادعاءات الخصم الآخر

يكون الطلب الجديد مقبولا ، إذا أثير لأول مرة أمام جهة الاستئناف ، وكان بمثابة وسيلة دفاع وحيدة لرد ادعاءات الخصم الآخر ، أي لرد الطلب الأصلي وهذا ماتنص عليه المادة 341 من نفس القانون بقولها: " لا تقبل الطلبات الجديدة .....ما عدا طلبات اسبعاد الادعاءات المقابلة " ، و رغم أن هذه الوسيلة تتضمن طلبا جديدا وليس مجرد رفض الدعوى غير ان هذه الوسيلة تكون مقبولة لكونها أصبحت تقوم بوظيفة الدفاع في الدعوى الأصلية ، كما إذا طلب الخصم أمام الدرجة الأولى طلب تنفيذ العقد ، فيمكن للمستأنف عليه أن يطلب لأول مرة أمام جهة الاستئناف ابطال العقد أو فسخه ، فهذه

الوسيلة تشكل طلبا جديدا متميزا عن طلب التنفيذ او الفسخ ، إلا أنه يستعمل هنا كسبب للدفاع لرد طلبات الخصم [1].

ويحق للخصم أن يتمسك بما شاء من وسائل الدفاع والدفوع سواء كانت دفوعا موضوعية أو إجرائية – مالم يسقط الحق فيها – أو دفاعا بعدم القبول ، كما يحق له أن يقدم لأول مرة أمام جهة الاستئناف أدلة جديدة كطلب سماع شاهد أو تعيين خبير أو تحقيق واقعة لم تحقق من قبل.

وحق الخصم في التمسك بالدفوع وأوجه الدفاع ، وأدلة اثبات جديدة ، هو أمر متعلق بحق الدفاع . وكل ما يتعلق باوجه الدفاع ويجوز للخصم أن يتمسك به في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام جهة الاستئناف وهذا ما تؤكد عليه المادة 344 من نفس القانون.

ولا يعد من الطلبات الجديدة ما يقدم لأول مرة أمام جهة الاستئناف من أدلة جديدة كطلب سماع شاهد أو كتعيين خبير أو تحقيق واقعة لم يحقق كل ذلك أمر يتعلق بحق الدفاع.

3 - الطلب الذي يهدف إلى الفصل في المسائل المتولدة عن اكتشاف واقعة أمام جهة الاستئناف

تعرف الواقعة المكتشفة هى تلك الواقعة المدعى بها ، والتي ظهرت خلال سير خصومة الاستئناف [2].

وتبعا لذلك ، تعد الواقعة واقعة مكتشفة ، إذا تم هذا الاكتشاف اثناء سير خصومة الاستئناف من الاوراق المطروحة في هذه الخصومة أو من الإجراءات التحقيق التي اجريت فيها [3].

1 - أحمد هندي ، المرجع السابق ، ص 404 و 405.

2 . نبيل إسماعيل عمر ، الطعن بالاستئناف . المرجع السابق . ص 543.

3 . نبيل إسماعيل عمر ، الطعن بالاستئناف ، المرجع السابق ، ص 543.

ومن الأمثلة على الواقعة المكتشفة ، تأسيس الحكم بناء على مذكرات تم قبولها بعد قفل باب المرافعة ، أو تلك المسائل التي اثارها القاضي من تلقاء نفسه دون ان تخضع هذه المسائل لمناقشة الخصوم ، سماع أحد الخصوم بعد قفل باب المرافعة ، ويتعين أن توحد الواقعة المكتشفة في ثنايا حكم الدرجة الاولى محل الاستئناف وان تكون ضمن عناصر النزاع في امتداد بين اول الدرجة وثاني الدرجة ، غير أنها كانت غير معروفة من جانب الخصوم او من احدهم ، وتم اكتشاف هذه الواقعة لحظة الطعن بالاستئناف او اثناء خصومة الاستئناف [1].

واستنادا إلى الواقعة المكشفة مما يمكن الخصوم من تقديم طلبات جديدة أمام جهه الاستئناف ، وهي طلبات مقبولة استثناء.

ويجب أن يبقى موضوع وسبب الطلب القضائي الأصلي ثابتا ، كما قدم أمام المحكمة الدرجة الأولى ، رغم وجود الواقعة المكشفة ، وهو الشرط الأساس لقبول الواقعة المكشفة[2].

ويؤكد هذا الفقه أن الواقعة المكشفة امام محكمة الدرجة الثانية ، يجب ان تجد قاعدتها في الطلب القضائي الأصلي ، أي أن تربط الواقعة المكشفة بالادعاء الأصلي والواقعة المكشفة ، تختلف عن الواقعة الجديدة[3] مع وجود الفارق بين الواقعتين.

4 - ملحقات الطلب الأصلي

تنص المادة 342 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "يجوز للخصوم أيضا طلب الفوائد القانونية ومتأخر من الديون وبدل الإيجار والمحلقات الأخرى بعد صدور الحكم المستأنف" ، ويستخلص من هذا النص ، حيث تعتبر من الملحقات كل ما يمكن إضافته إلى الطلب الأصلي دون أن يستغرقه[4] ، وقد أشارت هذه المادة إلى بعض

---

1. نبيل إسماعيل عمر ، الطعن بالاستئناف ، المرجع السابق ، ص 544.
2. نبيل إسماعيل عمر ، الطعن بالاستئناف ، المرجع السابق ، ص 544
3. نبيل إسماعيل عمر ، الطعن بالاستئناف ، المرجع السابق ، ص 549
4. احمد هندي ، المرجع السابق ، ص 402 .

الملحقات كالفوائد وبدل الايجار ، والنص يتسع لسائر التوابع [1] ، والمحلقات التي يمكن طلبها لأول مرة أمام جهة الاستئناف هي تلك التي تستحق بعد صدور حكم اول درجة.

فإذا طلب المدعي بأصل الدين فيحق له أن يطالب بالفوائد المستحقة على المبلغ المحكوم به له منذ صدور حكم الدرجة الأولى ،فاذا طلب بالأجرة ، فيجب له ان يطالب بالاجرة المستحقة له منذ صدور الحكم .

وتبعا لذلك فالمطالبة أمام جهة الاستئناف بالمحلقات المستحقة منذ صدور حكم الدرجة الأولى يعد إضافة جديدة إلى الطلب الأصلي ، ويعتبر الطلب الاضافي طلبا جديدا [2] ، قدم لأول مرة أمام جهة الاستئناف غير أنه مقبول استثناء من القاعدة العامة.

5 - طلب التعويض عن الضرر الحاصل جراء الحكم أو منذ صدوره

تنص المادة 2/342 من نفس القانون على ما يلي : " .... وكذا التعويضات الناتجة عن الأضرار اللاحقة به منذ صدور الحكم "، ويستخلص من هذه الفقرة انه يمكن طلب التعويض عن الأضرار التي وقعت بعد صدور الحكم المستأنف ، سواء تعلق الطلب بالتعويض عن تفاقم الأضرار مما يبرر تقديم طلب يتضمن زيادة التعويض عن هذا الضرر أو التعويض عن الضرر الناجم عن تنفيذ الحكم ، كالمطالبة بالتعويض الذي أصاب المحكوم عليه جراء تنفيذ الحكم المشمول بالنفاذ المعجل ، وقد ألغته جهة الاستئناف.

كما يمكن طلب التعويض عن الطعن التعسفي ، وهو طلب جديدا قدم لأول مرة أمام جهة الاستئناف ، ورغم ذلك فهو مقبول استثناء ، ويكون طلب التعويض في كل الاحوال مقبولا استثناء من القاعدة العامة التي تمنع تقديم طلبات جديدة.

1 .نبيل إسماعيل عمر ، قانون أصول المحاكمات ، ط1 ، سنة 1996 ، ص 580.
2 - نبيل إسماعيل عمر ، نفس المرجع ، ص 580.

6 - الطلبات الراميه إلى الفصل في المسائل الناتجة عن تدخل الغير

تنص المادة 341 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية على ما يلي:

" لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف ماعدا الدفع بالمقاصة ، وطلبات استبعاد الادعاءات المقابلة او الفصل في المسائل الناتجة عن تدخل الغير ..... "

ويقابل هذا النص نص المادة 564 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي ، حيث جاء فيها ما يلي :

" لا يستطيع الخصوم طرح ادعاءات جديدة في الاستئناف ، ما لم تكن هذه الادعاءات ترمي الى اجراء مقاصة أو طلب من المحكمة الفصل في المسائل الناشئة عن تدخل شخص من الغير .... "

إذ لا يوجد فرق بين النصيين بل هما يتطابقان ، ومما لا شك فيه ان تدخل الغير او اختصاصه لاول مرة أمام جهة الاستئناف ، سيفتح الباب أمام الخصوم تقديم طلبات جديدة.

إن اختصام الغير في الاستئناف بواسطة المدعى عليه الأصلي ، سيتيح للمدعي الأصلي تقديم طلبات جديدة في مواجهة المدعي والغير المختصم ، ويختصم الغير لأول مرة في الاستئناف كضامن من اجل الحكم عليه او جعل هذا الحكم حجة عليه ، او الزامه بتقديم ورقة تحت يده.

وقد يقوم هذا الغير باتخاذ سلوك هجومي ، كان يطلب بحق الملكية لنفسه في مواجهة الخصم الأصلي مما يسمح لهؤلاء تقديم طلبات مقابلة وهي طلبات جديدة.

ومن الملاحظ ، انه واستنادا إلى التشريع الجزائري أصبح من الجائز قبول تدخل الغير سواء كان هذا التدخل تدخلا انضماميا أو هجوميا ، كما أصبح من الجائز قبول طلب ادخال الغير.

في حين التشريع الفرنسي لا يقبل تدخل الغير أو الإدخال ، إلا إذا تطور النزاع طبقا لما تقضي به المادة 555 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي ، وهو شرط يحد من توسيع قبول طلبات الجديدة امام جهة الاستئناف.

إن إدخال الغير أو التدخل سيرتب عليه احداث تغير من حيث موضوع وسبب الطلب القضائي . وهو طلب جديد لا يقبل في التشريع الفرنسي إلا إذا تطور هذا النزاع ، في حين يقبل في التشريع الجزائري دون توافر شرط تطور النزاع ، مما يسمح للخصم المتدخل أو الخصوم الأصليين تقديم طلبات جديدة ، وهي طلبات مقبولة .

ثانيا ـ قبول الطلب الجديد من حيث السبب لأول مرة أمام جهة الاستئناف

تنص المادة 343 من نفس القانون على ما يلي: " لا تعتبر طلبات جديدة ، الطلبات المرتبطة مباشرة بالطلب الأصلي ، والتي ترمي إلى نفس الغرض ولو كان أساسها القانوني مغايرا "

يعد الطلب المرتبط مباشرة بالطلب الأصلي الذي يهدف إلى نفس الغاية أو الغرض ولو كان أساسه أو سببه مغايرا عن سبب الطلب الأصلي يعد طلبا جديدا ، وهنا الجدة طرأت على عنصر السبب ، في الأصل غير مقبول . إلا أن النص المذكور يجعله مقبولا استثناء عن القاعدة العامة ، كما إذا رفع الخصم الدعوى أمام محكمة يطلب فيها تقرير حق الملكية على عقار (أ) استنادا إلى العقد وفي الاستئناف أصبح يتمسك بالملكية عل نفس العقار (أ) غير أنه في هذه الحالة يستند إلى الحيازة باعتبارها سبب الملكية بدل العقد.

يعد هذا الطلب جديدا من حيث السبب ، لكنه مرتبط بالطلب الأصلي ويهدف إلى نفس الغرض أو الغاية التي كان يهدف اليها الطلب الأصلي في الدعوى وهو تقرير حق الملكية على العقار (أ).

وكذا الطلب في الدعوى الأصلية الرامي إلى التطليق استنادا إلى الضرر الناجم عن الضرب المبرح ، وفي الاستئناف [1] أصبحت الزوجة تتمسك بنفس الموضوع وهو التطليق ، لكن تستند فى هذه المرة إلى سبب آخر وهو عدم النفقة . فيعد هذا الطلب جديدا من حيث السبب ، غير انه مقبول استثناء فهو يرمي إلى نفس الغرض . فكان الطلب الأصلي يرمي الى التطليق ، وهو نفس الغرض الذي يحققه الطلب الجديد.

[1] أصبحت أحكام التطليق غير قابلة للإستئناف طبقا للمادة 57 من قانون الأسرة المستحدثة بالأمر 05 / 02

إن الذي تغير في المثال الأول هو السبب حيث تمسك الخصم أمام المحكمة بالتصرف القانوني (العقد) باعتباره سببا للطلب القضائي الأصلي ، في حين قد تم تغير السبب أمام جهة الاستئناف وأصبح الخصم يتمسك بسبب جديد ، وهي الحيازة باعتبارها سببا للملكية.

وفي المثال الثاني ، فإن سبب الطلب القضائي هو الذي تغيرامام جهه الاستئناف ، حيث كانت الزوجة تطلب التطليق ، وتستند إلى الضرب المبرح ، غير انها غيرت السبب ، و أصبحت أمام جهة الاستئناف تتمسك بالتطليق استنادا إلى عدم الانفاق.

والقاعدة أن الطلب القضائي يعد جديدا إذا طرأ عليه تغيير في أحد عناصره ، وذلك بتعديل موضوعه أو سببه أو توسيع نطاق الأشخاص.

فالطلب يعد جديدا إذا اختلف عن الطلب الأصلي في أحد عناصره الثلاثة.

وخروجا عن القاعدة العامة ، فيجوز تغيير الطلب القضائي من حيث السبب وهو الاستثناء الذي كرسته المادة 343 المشار اليها .

وتبعا لذلك أصبحت الطلبات الجديدة – من حيث السبب – مقبولة أمام جهة الاستئناف ، ولم يعد الطلب جديدا ، إذا استند الخصم على سبب جديد يختلف عن سبب الطلب القضائي الأصلي.

و قد أصبح من الجائز تغيير سبب الطلب القضائي أمام جهة الاستئناف في كل الأحوال ، في حين أنه لا يجوز تغيير موضوع الطلب القضائي ، إلا في الحالات الاستثنائية التي ينص فيها القانون على ذلك.

ولنا بعد ذلك ، أن نتساءل إذا كان يجوز تغيير سبب الطلب القضائي أمام جهة الاستئناف ، و أي سبب ، ولا يجوز تغيير موضوع الطلب القضائي ، إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون ، فهل يسري هذا الحظر على عنصر الأشخاص؟ و اذا كان كذلك ، فما هو نطاق هذا الخطر ؟

وهي المسألة التي اتطرق اليها كما يلي:

ثالثا - تعديل الطلب القضائي بتوسيع نطاق الأشخاص

إذا كان القانون لا يسمح بتعديل الطلب القضائي من حيث الموضوع إلا في الحالات الاستثنائية التي سبقت الاشارة إليها ، فإنه أجاز تغير السبب في كل الأحوال ، في حين السؤال يبقى مطروحا حول جوازتغير عنصر الاشخاص بتوسيع نطاقهم ؟

وللإجابة على ذلك ، نقول أن المشرع قد اجاز ذلك حيث نص على ذلك في المادة 194 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية على أن: " يكون التدخل في الخصومة في أول درجة وفي مرحلة الاستئناف اختياريا أو جوبيا " ، غير ان السؤال يبقى مطروحا حول مدلول التدخل الاختياري فماذا يقصد به ؟

فقد عرفت المادة 196 من نفس القانون ان التدخل الاختياري على أن يكون أصليا أو فرعيا ، و يقصد بالتدخل الاصلي التدخل الهجومي وهو التدخل الذي يدعى فيه الغير (التدخل) حقا ذاتيا لنفسه ، ويطلب الحكم له به لصالحه في مواجهة الطرفين أما التدخل الفرعي فيقصد به أن ينضم المتدخل إلى أحد الخصوم الأصليين لمساعدته كانضمامه في دعوى الضمان الى جانب الضامن ، دون أن يطلب شيئا لنفسه ، وإنما ينضم إلى أحد الخصوم لكي يحكم لصالح هذا الأخير بما في هذا الحكم من مصلحة تعود عليه ، ويقتصر دوره على إبداء أوجه الدفاع لتأييد طلبات هذا الخصم[1] ولا يجوز له أن يقدم طلبا جديدا.

و بالتالي أصبح من الجائز قبول الطلب الجديد عن طريق توسيع نطاق الاشخاص باحد الوسيلتين: الأولى عن طريق التدحل الهجومي ، والثانية عن طريق التدخل الانضمامي أو الفرعي ، و إذا كان قبول الطلب الجديد عن طريق توسيع نطاقه بوسيلة التدخل الانضمامي ، كان محل اتفاق الفقه و القضاء ، في حين قبول الطلب الجديد بتوسيعه عن طريق التدخل الهجومي أو الأصلي أمام جهة الاستئناف غير مقبول باجماع الفقه والقضاء ، على أساس انه يعد طلبا جديدا في كافه عناصره.

وإذا كان المشرع الفرنسي الذي اقتبس منه المشرع الجزائري نص المادة 194 يأخذ بفلسفة تصفية النزاع بصفة نهائية ويخضعه إلى شروط معينه و اهم هذه الشروط قبول

1 - إبراهيم نجيب سعد . المرجع السابق ، ص 630.

التدخل الهجومي أمام جهة الاستئناف وذلك عن طريق إحداث تطوير في النزاع[1] ، في حين أن المشرع الجزائري لم يأخذ بهذه الفلسفة بل ما يزال يعتبر أن الاستئناف وسيلة إصلاح قضاء الدرجة الاولى ، هذا النظام ما يزال يعتمد على فكرة التقاضي على درجتيين وهو المبدأ الذي نص عليه في باب الاحكام التمهدية اي في باب المبادئ العامة.

وتبعا لذلك يمكن قبول طلب التدخل الهجومي في الاستئناف ، وهو يشكل طلبا جديدا في كافة عناصره[2] ، وهذا يعد في الحقيقة خرقا لمبدأ التقاضي[3] على درجتيين ، دون أن يخضع هذا الطلب إلى شرط تطور النزاع كما فعل المشرع الفرنسي ، كما يتم أيضا تقديم طلب جديد بتوسيع نطاق الاشخاص عن طريق الادخال ، وهذا ما تقضي به المادة 194 المشار إليها ، حيث جاء فيها ان التدخل في الخصومة يكون في أول درجة أو في مرحلة الاستئناف اختياريا أو جوبيا.

ويقصد بالتدخل الوجوبي ، إدخال الغير في الخصومة كتوجيه الطلب من أحد الخصمين إلى الغير الخارج الخصومة ، وهذه الصورة كانت لا تقبل امام جهه الاستئناف في ظل القانون القديم ، و قد أصبحت مقبولة أمام جهة الاستئناف طبقا لنص المادة المشار إليها.

و أصبحت الطلبات العارضة الخاصة بالتدخل سواء كان التدخل هجوميا أو أصليا أو كان التدخل فرعيا أو انضماميا ، مقبولا أمام جهة الاستئناف كما أصبح إدخال الغير خارج عن الخصومة مقبولا لاول مرة امام جهه الاستئناف ، وبالتالي أصبحت الطلبات العارضة على اختلاف انواعها مقبوله امام جهه الاستئناف كما تقبل امام محكمة الدرجة الأول ، ويشكل ذلك في الحقيقة خروجا على مبدأ التقاضي على درجتين ومن ثمة تحولت جهة الاستئناف إلى محكمة ابتدائية تنظر دعاوى جديدة مرفوعة أمامها لأول مرة.

ومما تقدم يمكن أن نصل إلى تأكيد على أن الطلب القضائي يجب أن يبقى ثابتا ، وأن لا يطرأ عليه تغيير في أحد عناصره الثلاثة .

غير أن مبدأ ثبات الطلب القضائي لا يجري على إطلاقه ، بل ترد عليه استثناءات ، إذ اصبح يخضع للتغيير أمام جهه الاستئناف من حيث المحل فيمكن ادخال عليه عده تغيرات ، كما يمكن إحداث تغير على عنصر السبب أمام جهة الاستئناف إلى جانب ذلك يمكن ادخال تغير على عنصر الأشخاص.

وإذا كان مبدأ عدم قابلية النزاع للتغيير طبقا لمبدأ ثبات النزاع ، فتبقى عناصر الطلب القضائي ثابتة أمام محكمة الدرجة الأولى.

لكن هذا المبدأ ترد عليه استثناءات فيمكن إحداث تغير على عناصر الطلب القضائي أمام المحكمة عن طريق الطلبات العارضة وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

المبحث الثاني
الطلبات العارضة

تمهيد وتقسيم

يتكون الطلب القضائي ، من ثلاثة عناصر وهي الخصوم والموضوع أو المحل والسبب.

ويتولد عن إيداع الطلب القضائي لدى امانة ضبط المحكمة ، الخصومة القضائية التي يتحدد نطاقها ، من حيث الأشخاص (الخصوم) والموضوع (المحل) والسبب ، بهذا الطلب ، وذلك ما تقضي به المادة 25 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية ، إذ جاء فيها ما يلي:

" يتحدد موضوع النزاع بالادعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى ، ومذكرات الرد" غير أن المدعى عليه اذا اكتفى في مذكراته بالدفاع ، بالتمسك بالدفوع الاجرائية وبالدفوع بعدم القبول ، وبالدفوع الموضوعية ، فكل هذه الدفوع لا تغير من نطاق الخصومة ، وعلى ذلك فان ما جاء في هذه المادة من أن نطاق الخصومة يتحدد بالادعاءات ومذكرات الرد غير صحيح ، ذلك أن ما يحدد نطاق الخصومة هو الادعاءات ، في حين الدفوع ليست هي التي تحدد نطاق الخصومة ، ولا تغير من نطاقها ، غير انه قد

يثور التساؤل حول ما إذا كان من الامكان ، تغيير أحد عناصر الطلب القضائي ، ومتى يجوز ذلك ؟

ويجد هذا التساؤل الجواب عليه في الرأي الذي استقر في الفقه الاجرائي التقليدي ، الذي يقضي بعدم جواز تغيير نطاق الخصومة بعد تحديدها[1] ، وهذا ما يعرف بمبدأ ثبات الطلب القضائي ، أو بمبدأ عدم قابلية النزاع للتغيير[2].

وتنحدر أصول هذا المبدأ من القانون الروماني ، الذي يعتبر الخصومة القضائية ، بمثابة عقد يتفق فيه الطرفان على نطاق النزاع الذي يجب عرضه على القاضي ، وتحديد نطاق الخصومة من قبل الخصوم . فهو ملزم لهم وللقاضي[3].

واعتمادا على هذا الاصل ، فقد قيل أنه يحقق سرعة الفصل في النزاع . حيث يمنع على الخصم أن يتخذ من الطلبات الجديدة أثناء سير الخصومة ، وسيلة لتأخير الفصل فيها ، ويؤدي إلى حماية حقوق الدفاع ، اذ يمنع مفاجأة الخصم بطلب جديد لم يكن في الحسبان[4].

واستنادا إلى ذلك ، أصبح لا يقبل أي طلب جديد في الخصومة التي أنشئت بالطلب الأصلي ، فيمنع ادخال اي تغيير على أحد العناصر التي يتكون منها الطلب القضائي الأصلي.

غير أنه ورغم أهمية هذا الاصل العام .و ما يحققه من مزايا ، فقد قيل أن تطبيقه بصفة مطلقة ، سيؤدي إلى عرض منازعات متعددة على القضاء كان بالامكان الفصل فيها مرة واحدة . الى جانب ذلك سيؤدي الى صدور أحكام متعارضة و منافية للعدالة ، بسبب تقطيع أوصال النزاع الواحد ، فضلا عما يؤدي اليه من زيادة النفقات واطالة أمد الاجراءات[5].

---

1 - إبراهيم نجيب سعد ، القانون القضائي الخاص ، ص 558.

2 - نبيل إسماعيل عمر ، أصول المحاكمات ، الدار الجامعية ، سنة 1996 ، ص 291.

3 - إبراهيم نجيب سعد ، نفس المرجع ، ص 603.

4 - إبراهيم نجيب سعد ، القانون القضائي الخاص ، المرجع السابق ، ص 604.

5 - ... 604

بينما السماح بتقديم طلبات جديدة، سيؤدي إلى تبيان النزاع على حقيقته، مما يمكن القاضي من اصدار احكام تتفق مع العدالة وتتطابق مع الحقيقة، وتؤدي إلى الاقتصاد في النفقات والاجراءات والوقت [1].

ومن أجل ذلك، فقد سمح المشرع للخصوم بتقديم طلبات جديدة أثناء نظر الخصومة، تتناول تغيير أحد عناصر الطلب القضائي الأصلي، ويتم ذلك بواسطة أداة فنية، يطلق عليها في الاصطلاح الفقهي بالطلب القضائي العارض، وهذا ما تقضي به المادة 2/25 من نفس القانون، إذ جاء فيها بما يلي:

"غير انه يمكن تعديله بناء على تقديم طلبات عارضة، أذا كانت هذه الطلبات مرتبطة بالادعاءات الاصلية".

و تبعا لذلك، أصبح من الممكن ادخال تفاعلات شتى على الطلب القضائي الأصلي، بواسطة أداة فنية، وهي الطلب القضائي العارض، مما يضفي المزيد من المرونة على مبدأ ثبات الطلب القضائي.

وتشكل الطلبات العارضة استثناء على مبدأ ثبات عناصر الطلب القضائي الأصلي، و هذا ما يستفاد من المادة 2/25 إذ جاء فيها ما يلي: "غير انه ......" أي استثناء من مبدأ ثبات عناصر الطلب القضائي الأصلي، ومن ثمة لا يمكن الخروج عن هذا الأصل، إلا إذا وجد نص خاص يقضي خلاف ذلك.

و يمكن تقديم الطلبات العارضة من الخصوم. أو الغير كما يمكن للقاضي أن يأمر احد الخصوم بتقديم طلب عارض.

والطلبات العارضة التي تقدم من المدعي، تسمى بالطلبات الإضافية. والطلبات العارضة التي تقدم من المدعى عليه تسمى بالطلبات المقابلة، والطلبات العارضة التي تقدم من احد الخصوم إلى الغير تسمى بطلبات الإدخال، والطلبات العارضة المقدمة من الغير في مواجهة الخصمين أو احدهما تسمى بطلبات الإدخال، و قد يتم إدخال الغير في الخصومة بناء على أمر المحكمة وتخضع الطلبات العارضة إلى أحكام عامة، تطبق عليها جميعا.

1 - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 299.

وتبعا لذلك ، سأقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: الطلبات الإضافية.

المطلب الثاني: الطلبات المقابلة.

المطلب الثالث: طلبات الإدخال (اختصام الغير).

المطلب الرابع: طلبات تدخل الغير الخارج عن الخصومة.

المطلب الخامس: اختصام الغير بناء على أمر المحكمة.

المطلب السادس: القواعد العامة المطبقة على الطلبات العارضة.

وإلى تفصيل هذه المسائل فيما يلي:

المطلب الأول
الطلبات الإضافية

يقضي الأصل العام بعدم جواز تغيير عناصر الطلب القضائي ، والاستثناء هو قابلية هذا الطلب للتغيير . ومن ثمة لا يمكن الخروج عن هذا الأصل ، إلا إذا وجد نص خاص في القانون يقضي خلاف ذلك.

إذن فما هي هذه النصوص الخاصة التي تجيز للمدعي أن يدخل تغييرا على أحد عناصر الطلب القضائي . الذي قدمه وبغض النظر عما إذا كان هذا التغيير يتناول عنصر الأشخاص أو الموضوع أو السبب .

فقد سمح المشرع للمدعي أن يقدم طلبا عارضا . يتناول تغير احد عناصر الطلب القضائي ، و ذلك ما تقضي به المادة 4/25 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، حيث جاء فيها ما يلي: " الطلب الإضافي . هو الطلب الذي يقدمه احد أطراف النزاع . بهدف تعديل طلباته الأصلية ".

وما يلاحظ على هذا النص . انه يجيز تقديم الطلب الإضافي من احد أطراف النزاع . وهما المدعي و المدعى عليه.

في حين الطلب العارض الذي يقدمه المدعي ، يسمى بالطلب الإضافي ، يقتصر تقديمه من طرفه وحده ، وإذا قدم المدعي عليه طلبا عارضا فيسمى بالطلب المقابل.

و تبعا لذلك ، فان الطلب الإضافي يقتصر تقديمه من قبل المدعى وحده ، أما إذا قدم المدعى عليه آو الغير طلبا عارضا فلا يسمى بالطلب الإضافي ، ولذلك لا يجب الخلط بين الأفكار القانونية ، لان ذلك الخلط قد ينعكس سلبا على العمل القضائي.

وقد استقر الرأي في الفقه والقضاء ، على أنه يحق للمدعي أن يقدم طلبا قضائيا ، وأن يضمه أكثر من طلب واحد مادام يوجد ارتباط بين تلك الطلبات ، وتقضي بذلك المادة 1/207 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية ، إذ جاء فيها بمايلي: " إذا وجد ارتباط بين خصومتين أو أكثر معروضة أمام نفس القاضي ، جاز له ولحسن سير العدالة ضمها من تلقاء نفسه ، أو بطلب من الخصوم ، والفصل فيهما بحكم واحد ".

وتبعا لذلك ، يكون أمام المدعي أحد الخيارين فإما أن يرفع تلك الطلبات التي يوجد بينها ارتباط بعريضة واحدة ، لتفصل فيها المحكمة بحكم واحد ، وإما أن ترفع تلك الطلبات بعرائض مستقلة وبالتالي سيجد المدعي نفسه أمام أكثر من دعوى رفعت أمام المحكمة ، ونظرا لوجود الارتباط بين تلك الدعاوى ، فستقوم المحكمة بضمها إلى بعضها تلقائيا ، أو يقع الضم بناء على طلب أحد الخصوم ،غير انه قد ترفع عدة طلبات بعريضة واحدة و لا يوجد ارتباط فيما بينها ، فما هو الحل ؟

إذا رفعت عدة طلبات بعريضة واحدة ، ولا يوجد ارتباط بينهما ، مما لا شك فيه فإن ذلك يشكل مخالفة لأحكام المادة 207 المشار إليها ، التي تشترط لصحة هذا الإجراء أن يوجد ارتباط بين تلك الطلبات ، وفي غياب هذا الشرط يؤدي إلى بطلان العريضة التي تضمنت أكثر من طلب التي لا يوجد بينها ارتباط .

غير أن المشرع نجده ، قد نص في المادة 208 من نفس القانون على انه " يمكن للقاضي – و لحسن سير العدالة – أن يأمر بفصل الخصومة إلى خصومتين أو أكثر".

السؤال الذي يمكن أن يطرح ، متى يجوز القيام بالفصل بين هذه الطلبات ، حتى في حالة وجود ارتباط ، أم انه لا يجوز إلا في حالة عدم وجود ارتباط بين تلك الطلبات ؟

إن الإجابة عن ذلك ، نقول انه لا يجوز القيام بهذا الإجراء إذا كان يوجد ارتباط بين تلك الطلبات ، لأنه إذا وقع ذلك سيمس بحسن سير العدالة.

وبالتالي سوف لا يبقي أمامنا سوى احتمال واحد ، وهو الاحتمال الذي تحتوي فيها الخصومة على أكثر من طلب واحد . لا يوجد ارتباط بينها.

و تبعا لذلك ، يبقى السؤال مطروحا ، فكيف يتم الفصل بين تلك الطلبات التي رفعت بعريضة واحدة و التي لا يوجد ارتباط بينها ؟

فقد نصت المادة 209 من نفس القانون ، على أن تصدر المحكمة أحكاما تقضي بالفصل بين تلك الطلبات ، أي أن يقوم القاضي بإصدار قرارات ولائية تقضي بالفصل بين تلك الطلبات.

وإذا اصدر القاضي أمرا يقضي بالفصل بين تلك الطلبات ، فهل يجب على الخصم – وعلى اثر صدور هذا الأمر – أن يقوم بإعادة تسجيل هذا الطلب من جديد ودفع الرسوم القضائية ، وإعادة تكليف الخصم الآخر بالحضور من جديد؟

إن تطبيق نص المادة 208 يثير إشكالات ، يصعب قبولها من الناحية العلمية.

وأنه بالمقارنة بين نص المادة 207 التي تقضي بجواز ضم الخصومات إلى بعضها إن وجد ارتباط بينها ، في حين نص المادة 208 من نفس القانون تنص على الفصل بين الخصومتين لانعدام وجود الارتباط بينها.

وتبعا لذلك ، إذا رفعت عدة طلبات بعريضة واحدة ولا يوجد ارتباط بينها ، فان ذلك سيؤدي إلى بطلان العريضة ، لان رفع عدة دعاوى بعريضة واحدة ولا يوجد ارتباط بينها فليس هو الشكل القانوني لرفع الدعوى المنصوص عليه بالمادة 14 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية ، مما يشكل ذلك مخالفة لأحكام هذه المادة ، يترتب عليها بطلانها ، ولا يبقى أمام الخصم سوى أن يقوم برفع دعوى مستقلة بكل طلب من جديد.

ولذلك أصبح من المقبول أن يدخل المدعى تعديلا على الطلب الأصلي بالاستناد إلى نظام الطلبات العارضة ، بشرط أن يتوافر بين الطلب الأصلي والطلب العارض ارتباط ، ومن ثمة يمكن له أن يحدث تغييرا على احد عناصر الطلب القضائي الأصلي ، كما يلي:

1 - إحداث تغيير على عنصر الموضوع أو المحل

يجوز للمدعي أن يقدم طلبا عارضا يرمي من ورائه إلى تصحيح موضوع الطلب القضائي ، وقد يتناول هذا التصحيح موضوع الطلب الأصلي من ناحية الكم بالزيادة أو النقصان[1].

كأن يطلب المدعي قيمة التعويض بمبلغ مائة ألف دينار ويتبين له بعد مراجعة الوثائق أنه يستحق أكثر أو أقل فيقدم طلبا بالتصحيح.

كذلك يحق للمدعي أن يكمل طلبه الأصلي ، بإبداء طلبات عارضة فله أن يطلب فوائد الدين بعد المطالبة به في الطلب الأصلي ، وله طلب الثمار ، أو إزالة المنشآت بعد أن طلب بملكية العقار في طلبه الأصلي[2].

ويجوز أيضا للمدعي أن يقدم طلبا عارضا ، يتناول فيه تغيير موضوع الطلب الأصلي ، كأن يطلب فسخ العقد ثم يعدل عنه إلى طلب بطلانه ، أو يطلب ملكية عقار (ك) ثم يعدل عنه إلى طلب ملكية عقار (د).

وحق تغيير موضوع الطلب الأصلي مرهون بعدم تغيير السبب في آن واحد . ذلك أن القانون يسمح فقط بتغيير الموضوع مع بقاء سبب الطلب ثابتا ، لأنه بذلك يتحقق شرط الارتباط ، أي يجب أن يتناول تغيير أحد العنصرين مع بقاء الآخر ثابتا . لأن إحداث تغيير على عنصر الموضوع والسبب ، يؤدي ذلك إلى طرح طلب جديد ، لا يرتبط بالطلب الأصلي.

مما يستلزم رفعه بإجراءات مستقلة ، ويصبح قاضي الطلب الأصلي غير مختص به.

---

1 - أحمد هندي ، أصول المحاكمات المدنية والتجارية ، ص 198.

2 - أحمد هندي ، المرجع السابق ، ص 198.

2 - إحداث تغيير على عنصر السبب

يجوز للمدعي أن يقدم طلبا عارضا، يرمي من خلاله إلى تغيير سبب الطلب القضائي، فله أن يأتي بسبب جديد بدلا من السبب الأول الذي بني عليه طلبه الأصلي[1].

كأن يطلب بملكية عقار (ك) استنادا إلى التصرف القانوني باعتباره سببا لملكيته، ثم يعدل عنه إلى سبب جديد كأن يطلب بنفس ملكية العقار المذكور، ويستند إلى الحيازة أو الميراث أو الوصية، كسبب لما يطلبه، ويشترط أن يبقى موضوع الطلب القضائي ثابتا لتحقيق شرط الارتباط بين الطلب الأصلي والطلب الجديد.

ويجوز للمدعي أن يضيف سببا جديدا إلى السبب الأصلي[2]، كأن يطلب بملكية عقار (ك) استنادا إلى العقد باعتباره سببا لما يطلبه، ثم يضيف إليه سببا جديدا يتمثل في الحيازة التي دامت أكثر من 15 سنة[3].

ويمكن للمدعي أن يرفع طلبا أصليا يتمسك فيه بملكية العقار استنادا إلى التصرف القانوني.

ثم يرفع دعوى جديدة بطلب أصلي يتمسك فيه بنفس ملكية العقار استنادا إلى الحيازة التي دامت أكثر من 15 سنة، ثم يطلب ضم هذه الطلبات إلى بعضها مادام يوجد ارتباط فيما بينها.

وإذا سلك المدعي هذه الطريق، فسيكلفه ذلك الوقت والإجراءات والنفقات، وهذا ما تواجهه الطلبات العارضة إلى تلافيه.

وتشكل الطلبات العارضة استثناء على القاعدة العامة التي تقضي بعدم جواز تغيير أحد عناصر الطلب القضائي، ويجد هذا الاستثناء سنده القانوني في نص المادة 2/25 أ.ج مدنية و إدارية.

والأمثلة التي سقناها عن الطلبات الإضافية التي يحق للمدعي أن يقدمها ، بعد إنشاء الخصومة ، كلها تتحقق فيها فكرة الارتباط بالطلب الأصلي ، ومن ثمة يحق له أن يقدم طلبات عارضة تتناول تغيير موضوع أو سبب الطلب القضائي ، بشرط أن يحدث هذا التغيير على أحد العنصرين مع بقاء الآخر ثابتا ، فلا يجوز إحداث تغيير على الموضوع والسبب في آن واحد ، لأن ذلك سيؤدي إلى طرح طلب جديد ، يختلف عن الطلب الأصلي في كافة عناصره ، مما لا يتحقق معه فكرة الارتباط.

هذا فيما يتعلق بالطلبات العارضة التي يقدمها المدعي ، وأنتقل إلى الطلبات العارضة التي يقدمها المدعى عليه ، وذلك على الوجه التالي:

المطلب الثاني
الطلبات المقابلة

الطلبات المقابلة ، هي تلك الطلبات العارضة التي يقدمها المدعى عليه . ردا على طلب المدعي ، فهو يتمسك بأكثر من رفض دعوى المدعي ، بل إلى جانب ذلك إلى تحسين مركزه القانوني [1].

والطلب العارض يعد وسيلة دفاع وهجوم في آن واحد [2]، ويسمى الطلب الذي يتمسك به المدعى عليه بالطلب المقابل ، أو بدعوى المدعى عليه.على اعتبار أنها تتضمن وقائع دعوى جديدة مرفوعة من المدعى عليه في مواجهة المدعي [3].

وتبعا لذلك ، يتحول مركز المدعى عليه الأصلي إلى المدعي ، والمدعي الأصلي إلى مدعى عليه وذلك بالنسبة لطلب العارض الذي يقدمه المدعى عليه الأصلي.

ومن الأمثلة على الطلبات المقابلة ، أن يطلب المدعي الحكم على المدعى عليه ،بإخلاء العقار الذي يملكه ، فيرد المدعى عليه بإنكار حق المدعي في ملكية هذا العقار ،

1 - أحمد هندي ، أصول المحاكمات ، المرجع السابق ، ص 200.
2 - إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 619.
3 - أحمد هندي ، المرجع السابق ، ص 200.

لكنه لا يكتفي على مجرد رفض دعوى المدعي ، بل إلى جانبه ذلك يتمسك بملكيته لهذا العقار لنفسه.

أو كان يطلب المدعي تنفيذ العقد ، فيرد المدعى عليه بإنكار حق المدعي فيما يطلبه لكنه لا يكتفي على مجرد إنكار مزاعم المدعي وبالتالي رفض ادعائه ، بل يطلب إلى جانب ذلك ببطلان العقد الذي يستند إليه المدعي في دعواه.

ويتضح من خلال ما تقدم ، فالمدعى عليه في الطلب المقابل ، لا يتخذ موقفا سلبيا فحسب بل إلى جانب ذلك فهو يطالب بتحسين مركزه القانوني.

وقد تدق التفرقة بين الدفوع الموضوعية والطلبات العارضة التي يثيرها المدعى عليه لأن كلا الوسيلتين تصدر من نفس الخصم وتحققان نفس الهدف ، وهو عدم القضاء للمدعي بما يطلبه. ومع ذلك يوجد فارق بينهما ، وذلك من حيث النطاق ، فنطاق الدفع هو نفس نطاق الطلب الأصلي ، في حين يختلف نطاق الطلب العارض عن نطاق الطلب الأصلي ، ولذلك فالدفوع لا تؤدي إلى تغيير من نطاق الخصومة ، بينما الطلبات العارضة تؤدي إلى التغيير من نطاقها.

أما من حيث الهدف ، فيسعى المدعى عليه من خلال تمسكه بالدفوع الموضوعية إلى الحكم له برفض دعوى المدعي ، بينما يهدف من خلال الطلب المقابل إلى الحصول على حكم يحقق له أكثر من مزية ، تزيد على مجرد رفض طلب المدعي[1].

ويعد الدفاع الموضوعي وسيلة دفاع بحتة ، إذا يقتصر المدعى عليه على مجرد إنكار الحق المطالب به ، في حين يعد الطلب المقابل وسيلة دفاع وهجوم في آن واحد ، فعندما يطلب المدعي تنفيذ العقد ، فيرد عليه المدعى عليه بطلب فسخه أو بإبطاله[2] ، إلى جانب طلب رفض الدعوى ، فهو يطلب فسخ أو إبطال العقد ، وبذلك فهو يسعى إلى تحقيق أكثر من مجرد رفض الدعوى.

وقد اختلف الرأي حول قبول الطلبات المقابلة ، فاتجه البعض إلى عدم قبولها ، وحجيته في ذلك أنها تؤدي إلى تعطيل الفصل في الدعوى الأصلية ، حيث يتخذها

المدعى عليه وسيلة التأخير لحسم النزاع ، كما قيل أنها وسيلة التحايل على قواعد الاختصاص ، فبواسطة الطلب المقابل الذي يبديه المدعى عليه يؤدي إلى نزع الاختصاص من محكمة الطلب الأصلي[1].

غير انه يوجد اتجاه يدعو إلى ضرورة قبول الطلبات المقابلة ويؤكد على أنها تحقق عدة مزايا ، منها أنها تؤدي إلى تقليل المصاريف ، وتوحيد النزاع ، بحيث تمكن القاضي من أن يلقي نظرة شاملة على الدعوى ،مما يؤدي إلى منع صدور أحكام متعارضة في مسائل مرتبطة[2].

والمشرع الجزائري يسمح بتقديم الطلبات المقابلة ، طبقا ما تنص عليه المادة 1/4 من قانون الاجراءات المدنية ، إذ جاء فيها مايلي:

" تختص المحكمة بالنظر في جميع الطلبات المقابلة أو المقاصة القضائية التي تكون بطبيعتها في حدود اختصاصها........" ، وقد نص أيضا على قبول الطلبات المقابلة ، في المادة 2/25 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية على ما يلي :" الطلب المقابل هو الطلب الذي يقدمه المدعى عليه للحصول على منفعة ، فضلا عن طلبه رفض مزاعم المدعي"

ولم يتطرق المشرع إلى تحديد الجهة المختصة بالطلبات المقابلة ، إلا عرضا ، وذلك بمناسبة تحديده للاختصاص الانتهائي للمحكمة ، فقد أشار في المادة 2/33 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية ، على انه إذا كانت قيمة الطلبات المقدمة من المدعي لا تتجاوز مائتي ألف دينار ، تفصل المحكمة بحكم في أول و آخر درجة ، حتى و لو كانت قيمة الطلبات المقابلة أو المقاصة القضائية تتجاوز هذه القيمة[3].

1 - إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 622.

2 - فتحي والي ، الوسيط في قانون القضائي المدني ،دار النهضة العربية ، ط 1986 ، ص 462.

3. تشترط المادة 4/3 من قانون الاجراءات المدنية القديم لاختصاص المحكمة الانتهائي: أن تكون الطلبات الأصلية
والمقابلة والمقاصة القضائية في حدود اختصاصها الانتهائي ، حتى ولو كان مجموعها يتجاوز حدود اختصاصها الانتهائي
ولا يستثنى من ذلك ، إلا الطلب المقابل المبني كلية على الطلب الأصلي ، فالعبرة في هذه الحالة بالطلب الأصلي إذا كان
الطلب المقابل يرمي إلى التعويض عن الدعوى التعسفية ، فالحكم يصدر انتهائيا ولو تجاوز الطلب المقابل النصاب
الانتهائي للمحكمة.
في حين نص المادة 33 من القانون الجديد ، تحدد النصاب الانتهائي للمحكمة بقيمة الطلب الأصلي ، ولو كانت الطلبات
المقابلة تتجاوز قيمة الطلب الأصلي.

ولكي تختص محكمة الطلب الأصلي بالطلب المقابل، يجب أن يتحقق بينه وبين الطلب الأصلي ارتباط ونعني بهذا الشرط ما تقضي بين المادة 207 من قانون الجديد.

وتعتبر المقاصة القضائية من الطلبات المقابلة التي لا يوجد بينها وبين الطلب الأصلي ارتباط، و مع ذلك تختص به محكمة الطلب الأصلي.

وقد نص المشرع في المادة 1/4 أ ج مدنية على اختصاص محكمة الطلب الأصلي بالمقاصة القضائية، ونص عليها إلى جانب الطلبات المقابلة، و العلة من كل ذلك، أن المشرع عندما ذكرها إلى جانب الطلبات المقابلة، يريد أن يستثنيها من شرط الارتباط.

في حين نص المشرع في ألماده 4/25 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية على أن " تتحدد قيمة النزاع بالطلبات الأصلية والإضافية، وبالطلبات المقابلة أو المقاصة القضائية".

إذن هذا النص يتكلم على نطاق الخصومة، مع الإشارة أن الطلبات الإضافية أو المقابلة أو المقاصة القضائية، ليست هي التي تحدد نطاق الخصومة، بل تعدله، في حين النص القديم كان ينص على اختصاص محكمة الطلب الأصلي بالطلب المقابل والمقاصة القضائية، وذلك هو الأمر الصحيح.

ويشترط لاختصاص محكمة الطلب الأصلي بالطلب العارض أن يتوافر بينهما ارتباط، ولا يتثني من هذا الشرط سوى المقاصة القضائية.

ومن الأمثلة التي تتحقق فيها صلة الارتباط بين الطلب الأصلي والطلب المقابل الذي يتمسك فيه المدعى عليه بالتعويض عن الضرر الذي لحق به جراء هذا الادعاء، على

<<<<

ومن الأمثلة على ذلك، أن يرفع المدعي الدعوى تتضمن طلبا أصليا بقيمة مائتي ألف دينار، فيتمسك المدعى عليه في طلبه المقابل بمبلغ خمسمائة ألف دينار، فيصدر الحكم ابتدائيا ونهائيا.

في حين لو رفع المدعى عليه دعوى مستقلة على المدعي وتمسك فيها بالمبلغ المذكور، فإن الحكم يصدر ابتدائيا، فالأصل أن الاختصاص الانتهائي للمحكمة يتحدد بقيمة الطلب الأصلي، فيجب أن تكون الطلبات المقابلة أو المقاصة القضائية في حدود الاختصاص الانتهائي للمحكمة، فإذا تجاوزت قيمة الطلبات المقابلة أو المقاصة القضائية حدود الاختصاص الانتهائي للمحكمة، فالحكم يصدر ابتدائيا غير أن القانون ينص على أن العبرة بقيمة الطلب الأصلي بصرف النظر عن قيمة الطلب المقابل، لتحديد النصاب الانتهائي للمحكمة.

أساس المحكمة التي تنظر في الادعاء الأصلي ، اقدر على تقدير الضرر اللاحق بالمدعى عليه [1].

وتعد من الطلبات المقابلة التي تتوافر فيها صلة الارتباط بينها و بين الطلب الأصلي ، كل طلب يترتب عليه ألا بحكم للمدعي بطلباته كلها أو بعضها ، أو يحكم بها مقيدة لمصلحة المدعى عليه ،كأن يطلب المدعي تنفيذ العقد ، فيقدم المدعي طلبا عارضا ، يطلب فيه فسخ العقد أو بطلانه أو إبطاله ويطلب المدعي بملكية العقار ، فيتمسك المدعى عليه في طلبه العارض بحق الارتفاق على نفس العقار [2] وتعد كل هذه الطلبات من مقتضيات حق الدفاع.

إن إجابة المدعى عليه إلى طلبه سيترتب عليه عدم الحكم للمدعي بتنفيذ العقد فضلا عن الحكم بانحلال الرابطة التعاقدية نتيجة الحكم بفسخ أو بطلان أو أبطال العقد ، أو أن يتم إعادة العقار إلى المدعي مثقلا بحق الارتفاق.

وتتوافر صلة الارتباط في كل طلب مقابل ، يكون متصلا بالطلب الأصلي اتصالا لا يقبل التجزئة ، كان يرفع المدعى منع تعرض في الحيازة ، فيدعي المدعى عليه انه هو الحائز ، فيطلب هو الآخر منع تعرض المدعى له في حيازته ، أو يطلب المدعي تعويضا عن الضرر الذي لحق به جراء حادث المرور الذي تسبب فيه المدعى عليه ، فيتمسك المدعى عليه ، بطلب مقابل يطلب فيه التعويض عن نفس الحادث [3].

هذا فيما يتعلق بالطلبات العارضة المقدمة من المدعى عليه ، وانتقل الآن إلى الطلبات العارضة المقدمة عن احد الخصوم في مواجهة الغير ، كما يلي:

1. أحمد هندي ، المرجع السابق ، ص 2001.

2 - إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 622 .

3 - إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 625 .

المطلب الثالث
الإدخال :
(اختصام الغير)

يقصد باختصام الغير أو الإدخال في الخصومة ، تكليف شخص من قبل احد الخصوم بالدخول في الخصومة ، من اجل جره وإدخاله كطرف في الخصوم ، مما يؤدي إلى اتساع نطاقها من حيث الأشخاص[1].

والهدف من إدخال الغير في الخصومة ، هو أن يقوم هذا الغير بالدفاع عن الخصم الذي طلب اختصامه ، أو كي يقضي عليه ، حتى يصبح الحكم الصادر في الدعوى الأصلية ، حجة على الشخص المدخل في الخصام[2] ، وهذا ما تقضي به المادة 2/199 من قانتون الاجراءات المدنية والإدارية ، إذا جاء فيها ما يلي:

" يجوز لأي خصم إدخال الغير الذي يمكن محاكمته كطرف أصلي في الدعوى للحكم ضده كما يجوز لأي خصم القيام بذلك من اجل أن يكون الغير ملزما بالحكم الصادر" تبعا لذلك . يطرح سؤال حول متى يجوز اختصام الغير ؟

وقد أجيب عن هذا السؤال بالقول: أنه لا يسمح اختصام الغير إلا ضد الشخص الذي له الحق أن يقدم اعتراضا على الحكم الصادر في الدعوى الأصلية [3] ، في حين ذهب البعض الآخر إلى القول ، أنه يمكن إدخال كل شخص له الحق أن يتدخل اختياريا في الخصومة[4].

والمشرع الجزائري قد نص في المادة المذكورة أعلاه على انه يمكن إدخال الغير في الخصومة ، إذا كان يمكن مخاصمته كطرف أصلي في الدعوى ، كما يجوز إدخال الغير في

---

1 - نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 293 .

2 - إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 226.

3 - إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 622.

4 - إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 607.

الخصومة من اجل أن يكون ملزما بالحكم الصادر كما هو عليه الشأن بالنسبة لاختصام الضامن ، أو ما يسمى بدعوى الضمان الفرعية ويقصد بها اختصام شخص من الغير في الخصومة قائمة بناء على طلب المدعي أو المدعى عليه ، لإلزامه بالضمان في مواجهة المضمون[1].

ويعرف الضمان بأنه سلطة رجوع طالب الضمان أو المضمون على شخص آخر هو الضامن بسبب مطالبة شخص ثالث له ، أو منازعته في دعوى وجهت إليه[2] ، أو هو حق أحد الخصوم في إلزام شخص آخر في الدفاع عنه إذا ما نازعه الغير في حق معين ، كحق المشتري في إلزام البائع بالضمان على الشيء المبيع ، في حالة تعرض الغير له ، وحق المستأجر في إلزام المؤجر بضمان انتفاعه بالعين المؤجرة دون منازعة الغير[3].

فعندما يرفع الغير دعوى على المشتري ينازعه في ملكية الشيء المبيع ، فيكون للمضمون الحق في الرجوع على البائع ، ويستعمل هذا الحق بواسطة الطلب العارض وهذا ما يسمى بالدعوى الضمان الفرعية ، وله أن يرجع على الضامن بدعوى الضمان الأصلية[4].

وتقسم دعوى الضمان – تبعا لذلك – إلى دعوى الضمان الأصلية ودعوى الضمان الفرعية.

فيحق للمضمون أن يرفع دعوى الضمان الأصلية على الضامن برد الثمن ، إذا صدر حكم لصالح الغير باستحقاق العين المبيعة لكن دعوى الضمان الفرعية تحقق عدة مزايا ، وذلك بإدخال الضامن في الدعوى الأصلية لكي يستفيد بما توافر لديه من وسائل الدفاع.

---

1 - أحمد هندي ، المرجع السابق ، ص 207.
2 - نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 305.
3 - نفس المرجع ، ص 304.
4 - للمضمون حق الرجوع على الضامن بواسطة دعوى الضمان الفرعية أما إذا خسر المضمون الدعوى التي رفعت عليه ولم يدخل الضامن فيها فله الحق أن يرجع على الضامن بدعوى الضمان الأصلية ، وذلك بالشروط المحددة في المادة 372 من القانون المدني.

وعلى ذلك، إذا لم يبادر المضمون إلى إدخال الضامن مما أدى إلى صدور حكم لصالح الغير باستحقاق العين المبيعة، فيفقد المضمون حق الرجوع بالضمان إذا أثبت الضامن أن تدخله في الدعوى ،كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق وذلك ما تقضي به المادة 372 من القانون المدني.

ويترتب على تدخل الضامن أو إدخاله في خصومة الطلب الأصلي، أن يصبح خصما في هذه الدعوى، وتبعا لذلك يصبح الحكم الصادر في الدعوى لصالح الغير حجة في مواجهة كل من الضامن والمضمون.

ويحق للمضمون أن يطلب إخراجه من الخصومة بعد إدخال الضامن فيها حالا محله.

ويكون الحكم الصادر في الدعوى الأصلية حجة على جميع الخصوم بما فيهم من اخرج منها، ولذلك يسمح لمن خرج من الخصومة أن يعود إليها[1]، على أن تكون الأحكام الصادرة ضد الضامن الذي قام مقام المضمون في الدعوى قابلة للتنفيذ ضد المضمون في حالة إعسار الضامن.

وبمجرد توجيه المضمون طلبا إلى الضامن بإدخاله في الخصومة يصبح خصما في الدعوى حتى ولو لم يوجه إليه الخصم الآخر أي طلب خاص به[2]. ويحق له أن يبدي دفوعا مستقلة عن دفاع المضمون، وله أن يتمسك بالدفوع الخاصة بالمضمون، ويصبح من حق كل من الضامن والمضمون أن يطعنا في الحكم الصادر باعتبارهما خصمين حقيقيين في الدعوى الأصلية والفرعية.

هذه الصورة من الطلبات العارضة تستعمل لجلب الغير إلى ساحة القضاء ليصبح طرفا في الخصومة القضائية رغم إرادته، وهناك صورة عكسية حيث نجد الغير يتدخل في خصومة منعقدة بمحض إرادته، وهذا ما يسمى بطلبات التدخل العارضة وهي الصورة التي أتطرق إليها فيما يلي:

1 - نبيل إسماعيل عمر، أصول المحاكمات، ص 307.

2 - نبيل إسماعيل عمر، نفس الرجع، ص 307.

المطلب الرابع
تدخل الغير في الخصومة

تدخل الغير في الخصومة له صورتان ، قد يتخذ صورة الهجوم وقد يتخذ مجرد صورة الدفاع وأتناول ذلك فيما يلي:

1 - التدخل الهجومي أو الأصلي:

التدخل الهجومي هو الذي يدعي فيه المتدخل بحق ذاتي ، ويطلب الحكم له به لنفسه في مواجهة أطراف الخصومة الأصليين ، ويتدخل الغير في هذه الصورة ، من تلقاء نفسه لذلك يسمى بالتدخل الاختياري ليثبت حقه أو مركزه القانوني أو حمايتهما في مواجهة الخصوم الأصلية.

وهذا ما تنص عليه المادة 196 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية ، إذ جاء فيها ما يلي:

"يكون المتدخل أصليا عندما يتضمن ادعاءات لصالح المتدخل " ، ويرفع المتدخل دعوى أمام القضاء ، يتمسك فيها بحقه أو مركزه القانوني . ولكن في صورة طلب عارض ، فهو يعد مدعي في الطلب العارض . ويسمى التدخل في هذه الصورة بالتدخل الأصلي وقد يسمى أحيانا بالتدخل الهجومي أو الاختصامي.

وبذلك يتخذ المتدخل موقفا هجوميا ، ولا يتخذ موقف الدفاع.

ويشترط لقبول طلب التدخل أن يتوافر في الطلب العارض ، ما يشترط توافره في الطلب الأصلي.

بأن يكون للمتدخل مصلحة قائمة وحالة ، وأن تكون هذه المصلحة قانونية ، وأن يكون هناك ارتباط بين الطلب الأصلي والطلب العارض ، وأن يكون الطلب العارض في حدود اختصاص محكمة الطلب الأصلي.

2 - التدخل الفرعي أو الانضمامي

قد يتدخل الغير في الخصومة ، ويكون غرض المتدخل هو الانضمام إلى أحد الخصوم لمساعدته في دفاعه ، والمتدخل في هذه الصورة ، لا يتدخل من اجل المطالبة بحق أو مركز قانوني خاص به ، وإنما يتدخل تبعا لأحد الخصوم منضما إليه ، بما في ذلك من مصلحة تعود عليه شخصيا ، ولذلك يطلق على هذه الصورة بالتدخل التبعي أو الانضمامي ولا يطلق عليه اصطلاح التدخل الفرعي ، كما ذهب إليه المشرع الجزائري.

وتبعا لذلك يصبح التدخل الانضمامي بمثابة وسيلة الدفاع في الدعوى الأصلية ، لأنه يقتصر دور المتدخل الفرعي أو الانضمامي في الدفاع مع الخصم المتدخل إلى جانبه ، كتدخله إلى جانب المدين . عندما ترفع الدعوى من الغير عليه للدفاع عن حقوق مدينه ، ويتدخل البائع بصفته ضامنا لاستحقاق المبيع في الدعوى التي يرفعها الغير على المشتري ، طالبا ملكية المبيع ، وذلك للدفاع عن ملكيته في مواجهة الغير[1].

ويعمل المتدخل لمصلحتة الخاصة به . وليس لمحض مصلحة من ينضم إليه ، وهو لا يحل محل المنضم إليه ، وإنما يتخذ مركزا تابعا له . وهو لا يطلب بحق ذاتي خاص به ، وإنما له مصلحة في التدخل وهي مصلحة تهدف إلى منع وقوع ضرر محتمل[2].

وتترتب مجموعة من الآثار القانونية عن مركز المتدخل الفرعي أو الانضمامي ، فلا يجوز له أن يتخذ موقفا يتعارض مع موقف من يتدخل إلى جانبه . ويترتب على زوال الخصومة الأصلية زوال طلب المتدخل الفرعي.

في حين الآثار المترتبة عن مركز المتدخل الهجومي يختلف عن الآثار المترتبة عن مركز المتدخل الانضمامي أو الفرعي . فيحق للمتدخل الهجومي أن يتخذ موقفا معارضا لموقف الخصمين الأصليين ، وأن زوال الخصومة الأصلية ، لا يترتب عليها زوال طلب المتدخل الهجومي ، وذلك إذا قدم الطلب طبقا للإجراءات المعتادة في رفع الدعوى . أي بعريضة تودع وتعلن إلى الخصمين ، فيظل طلب التدخل الهجومي مستقلا عن الطلب

الأصلي لا يتأثر في حالة زوال الخصومة الأصلية، فهو يبقى كطلب أصلي قائما أمام المحكمة، يجب الفصل فيه باعتباره طلبا قائما بذاته.

وهناك صورة جديدة من صورة إدخال الغير في الخصومة، لم يكن يعرفها التشريع الجزائري السابق، وهي حالة اختصام الغير، بناء على أمر المحكمة، وهي المسألة التي نتطرق إليها فيما يلي:

المطلب الخامس
اختصام الغير بناء على أمر المحكمة

إن القاضي في الأصل، لا يجوز له أن يقوم بتعديل عناصر الطلب القضائي، فهو محظور عليه أن يقوم بالتعديل من نطاق الخصومة، من حيث الأشخاص آو المحل أو السبب، وينساب هذا الخطر من مبدأ حياد القاضي.

غير أن هناك رأيا في الفقه يتجه إلى الدعوة بالسماح إلى القاضي بتعديل نطاق الخصومة، من حيث الأشخاص، لان في ذلك تحقيق لعدة مزايا ، منها منع صدور أحكام متعارضة، أو صدورها على وجه لا يتطابق مع الحقيقة، ولذلك نجد بعضا من الفقه والقضاء في فرنسا[1]، قد أيد الاتجاه الذي يدعو إلى السماح بإدخال الغير في الخصومة بأمر المحكمة ، إذا أصبح وجود هذا الغير ضروريا من شأن ذلك، أن يحقق حسن سير العدالة أو يؤدي إلى إظهار الحقيقة.

و قد أصبحت، بعض التشريعات تأخذ بنظام اختصام الغير، بناء على أمر المحكمة ،كالتشريع الفرنسي والمصري[2]، وقد أخذ المشرع الجزائري من جهته بنظام اختصام الغير، بناء على أمر المحكمة فقد نص في المادة 201 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية على ما يلي:

1 - إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 600.

2 - المادة 332 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي.

- المادة 118 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

" يمكن للقاضي ، ولو من تلقاء نفسه أن يأمر أحد الخصوم عند الاقتضاء تحت طائلة غرامة تهديدية ، بإدخال من يرى أن إدخاله مفيد لحسن سير العدالة أو لإظهار الحقيقة ".

وتبعا لذلك ، أصبح من الجائز للمحكمة أن تأمر إدخال الغير الذي تربطه بأحد الخصوم التزام أو حق لا يقبل التجزئة ، أو إدخال احد الشركاء في المال الشائع في دعوى القسمة ، و يجوز لها أن تأمر بإدخال الغير في الخصومة ، إذا تبين لها أن ذلك يفيد حسن سير العدالة ، أو يفيد إظهار الحقيقة.

إن إدخال الغير في الخصومة ، بناء على أمر المحكمة هو من الأمور التي تدخل في نطاق السلطة التقديرية للمحكمة ، فإذا رأت أن إدخال الغير في الخصومة ، سيؤدي إلى إظهار الحقيقة أو إلى حسن سير العدالة ، أمرت بذلك.

ويتعين على المحكمة أن تضرب ميعادا لحضور من تأمر بإدخاله ، ومن يقوم من الخصوم بإدخاله ، ويجري ذلك طبقا لإجراءات رفع الدعوى.

ولها أن تأمر الخصم باد خال الغير في الخصومة تحت غرامة تهديدية ، وقد تأمر الخصم بالقيام بهذا الإجراء بدون فرض عليه غرامته تهديدية .

غير أن السؤال يبقى مطروحا حول الجهة القضائية المختصة بتصفية الغرامة التهديدية ، في حالة توقيعها على الخصم.

مما لا شك ، أن الجهة القضائية التي أمرت بالغرامة التهديدية ، هي الجهة المختصة بتصفيتها ، و مع ذلك يبقى السؤال مطروحا في تصفيتها وتحويلها إلى تعويض ، لمن يؤول هذا التعويض فهل يؤول للخصم الآخر أم يؤول إلى الخزينة العمومية ؟

إن النص لم يشر إلى الجهة التي يؤول إليها التعويض الناتج عن تصفية الغرامة تهديدية وكان المشرع أن يحدد الغرامة التهديدية بحدها الأدنى والأقصى ، وينص على أن تؤول إلى خزينة العمومية ، وبذلك يصبح النص قابلا للتطبيق.

والأصل انه بمجرد إدخال الغير في الخصومة أو التدخل فيها يصبح خصما فيها وما يترتب من الآثار على مركز الشخص عندما يصبح خصما وتبعا لذلك يحق له أن يتمسك أمام القضاء بجميع الطلبات والدفوع ، ويصبح له حق الطعن في الحكم الصادر بجميع طرق الطعن.

غير أن مجرد ظهور الغير في الخصومة ، لا يجعل منه خصما في الدعوى ولأجل اكتساب صفة الخصم يجب أن يوجه إليه طلب ، أو يوجه هو طلب ومن ثمة لا يجوز للغير الذي تم إدخاله في الخصومة ، بناء على أمر المحكمة ، صفة الخصم ، ما لم يتم توجيه إليه طلب أو يوجه هو طلب وبالتالي إذا لم يوجه أي طلب ومن ثمة لا يعد خصما فلا يجوز له أن يطعن في الحكم الصادر في الدعوى ، ما لم يحكم عليه بأحد الطلبات الموجهة إليه.

هذا ، وبعد أن تطرقت إلى دراسة الصور المختلفة للطلبات العارضة ، انتقل الآن إلى دراسة القواعد العامة التي تطبق على الطلبات العارضة ، وذلك على الوجه التالي:

المطلب السادس
القواعد العامة المطبقة على الطلبات العارضة

إن المشرع عندما يصيغ القواعد القانونية ، فهو يعمد إلى أسلوب خاص في الصياغة فيلجأ إلى جميع الصفات المشتركة في المسائل المختلفة ويصيغها في قاعدة قانونية عامة ، أما المسائل المختلفة والتي لا يمكن إخضاعها لحكم واحد ، فيخص لكل مسألة حكم خاص بها.

ومن ثمة يمكن أن تصنف القواعد القانونية إلى قواعد عامة تنطبق على جميع المسائل التي تنطوي تحت لوائها ، وقواعد خاصة تواجه حالات معينة قائمة بذاتها.

وتبعا لذلك ، يقصد بالقواعد العامة – في مجال الطلبات العارضة – هي تلك القواعد التي تخضع لها أي تلك القواعد القانونية التي تكون قابلة للتطبيق على كافة الطلبات العارضة مالم يوجد نص خاص يقضي خلاف ما تقضي به القواعد العامة ، وبالتالي لا يطبق هذا النص إلا على حالة محددة من هذه الطلبات.

وسأتطرق إلى مناقشة هذه القواعد فيما يلي:

1 - يجب أن يكون الطلب العارض مرتبطا بالطلب الأصلي:

يجب أن يكون الطلب العارض مرتبطا بالطلب الأصلي، وأن الحل الذي يقرر لأحدهما من شأنه أن يؤثر في الحل الذي يجب أن يقرر للآخر[1].

ويجب أن يتوافر شرط الارتباط في كافة الطلبات العارضة ولا يستثنى منها إلا المقاصة القضائية، عندما تقدم كطلب مقابل.

إذا تهيمن فكرة الارتباط على جميع الطلبات العارضة ولذلك لا يكون الدفع بالإحالة أو بالضم أو برفع عدة طلبات متعددة بإجراء واحد صحيحا ما لم يكن قائما على فكرة الارتباط.

وطبقا لمفهوم المخالفة لأحكام المادة 207 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يترتب على رفع عدة طلبات بإجراء واحد، حيث لا تجمع بينها أية صلة ارتباط بطلان إجراءات رفع هذه الطلبات، والقاضي يحكم تلقائيا ببطلان الاجراءات إذا تبين له أن رفع عدة طلبات بأجراء واحد يمس بحسن سير العدالة.

ومن الأمثلة على وجود صلة الارتباط كأن يبيع شخص سيارة يملكها لأكثر من واحد فإذا ما بادر أحدهما إلى رفع دعوى على البائع للمطالبة بصحة العقد وتسليم السيارة، فإنه يحق للمشتري الآخر، أن يرفع من جهته دعوى بطلب أصلي موازيا للدعوى الأولى التي رفعها المشتري الأول، أو أن يرفعها بطلب عارض.

وتتحقق صلة الارتباط في هذا المثال في وحدة موضوع الطلب القضائي، حيث أن كل واحد منهما يطلب بنفس ملكية السيارة.

فيكون من حسن سير القضاء، أن تعرض هذه المنازعات على القاضي الواحد، ليصدر فيها حكما واحدا، منعا لصدور أحكام متناقضة في نزاع واحد.

كذلك تتوافر صلة الارتباط في طلب التعويض الذي يتقدم به المدعى عليه، والناشئ عن الضرر الذي لحق به من جراء الطلب الأصلي، حيث تتوافر صلة الارتباط بينه وبين

---

1 - نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات، المرجع السابق، ص 292.

الطلب الأصلي في السبب إذ أن مجموع الوقائع التي يستند إليها المدعى عليه ، تشمل على وقائع الطلب الأصلي.

إذا شرط الارتباط يشكل القاعدة العامة في قبول الطلبات العارضة على اختلاف أنواعها ، مالم يوجد نص خاص يقضي خلاف ذلك.

2 - المحكمة المختصة بالطلب العارض

يجب أن تكون محكمة الطلب الأصلي مختصة بالطلب العارض من كل الوجوه ، أي أن تكون الطلبات العارضة في حدود اختصاص النوعي والوظيفي لمحكمة الطلب الأصلي ، ولا يستثنى من ذلك إلا الاختصاص الإقليمي ، وهذا ما أكدت عليه المادة 202 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية ، إذ جاء فيها ما يلي:

" لا يجوز للغير المدخل في الخصام آن يثير الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية المكلف بالحضور أمامها ...."

وما ينطبق على طلب الإدخال في الخصومة ، ينطبق على باقي الطلبات العارضة من حيث عدم جواز التمسك بعدم الاختصاص الإقليمي لمحكمة الطلب الأصلي.

وتبعا لذلك ، لا يجوز لمحكمة الطلب الأصلي أن تحكم بعدم اختصاصها الإقليمي ، في حين تصبح محكمة الطلب الأصلي ، غير مختصة وظيفيا أو نوعيا بالطلب العارض الذي يتمسك به احد الأشخاص المنصوص عليهم بالمادة 801 من نفس القانون ، ويجب على محكمة الطلب الأصلي ، إذا وجدت أن الطلب العارض المرتبط بالطلب الأصلي . خارجا عن اختصاصها الوظيفي أو النوعي أن تقضي بعدم اختصاصها في الدعوى.

3 - إجراءات رفع الطلب العارض

يرفع الطلب العارض وفق الاجراءات العادية لرفع الدعوى ، وهذا ما تنص عليه المادة 81 من قانون الاجراءات المدنية حيث جاء فيها ما يلي:

" كل تدخل في الدعوى مهما كان سببه يجري بموجب التكليف بالحضور حسب الأوضاع المنصوص عليها في المواد 22، 23، 24 و 26 " و هذا ما أكدت عليه المادة 3/194 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أن يتم التدخل تبعا للإجراءات المقررة لرفع الدعوى".

إذن، كما وهو واضح، فان المشرع، سواء في القانون القديم أو الجديد يتكلم فقط على التدخل، وهذا ما يقتضي طرح السؤال التالي: فهل تسري القواعد المنصوص عليها في هذه المادة على طلب الإدخال وغيرها من الطلبات العارضة ؟

وغني عن البيان، فإن كلا من طلب التدخل أو الإدخال يدخل تحت نظام الطلبات العارضة، فهما يخضعان إلى نفس القواعد، وتبعا لذلك فيخضع كل من طلب التدخل أو الإدخال إلى نفس القواعد بمعنى أن يتم مباشرته بواسطة الطلب القضائي العارض وفق الاجراءات التي ترفع بها الدعاوي و يتم إعلان وفق إجراءات إعلان صفيحة الدعوى.

أما الطلبات الإضافية، أو المقابلة فتقدم بواسطة مذكرة مكتوبة في حضور الخصم الآخر، وإذا كان غائبا عن الجلسة، بعد أن حضر الجلسة الأولى، فلا تقبل إلا إذا بلغ بها، ولا يجب أن يقضي بها عليه في غيبته ،لأن ذلك سيمس بحقوق الدفاع، مما يترتب عليه بطلان العمل الإجرائي.

4 - الحكم في الطلب العارض:

الأصل أن يقضي في الطلب الأصلي على حدة، وعلى الخصم أن يرفع طلبا جديدا بإجراءات مستقلة وحتى ولو كان هذا الطلب الجديد له صلة بالطلب الأصلي.

واستثناء من ذلك الأصل، فقد سمح المشرع للخصم بتقديم طلبات عارضة يتم الفصل فيها مع الطلب الأصلي، لتحقيق حسن سير العدالة، وتوفيرا للوقت والإجراءات والتكاليف.

لكن لا يحق أن يترتب على تقديم الطلبات العارضة، تأخير الفصل في الطلب الأصلي متى كان مهيأ، وهذا ما أكدت عليه المادة 96 من قانون الاجراءات المدنية، حيث جاء فيها ما يلي:

"لا يصح أن يترتب على إبداء الطلبات العارضة إرجاء الحكم في الطلب الأصلي متى كان مهيأ للفصل فيها."

فلا يجب أن يترتب على تقديم الطلب العارض، تأخير الفصل في الطلب الأصلي، وهذا ما تؤكد عليه المادة 95 من نفس القانون، على أنه في حالة التدخل، يجوز للقاضي أن يقضي في الطلب الأصلي على وجه الاستقلال، متى كان مهيأ للفصل فيه، أو يؤجل الدعوى للحكم فيها برمتها.

وهذا ما أكدت عليه المادة 206 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية على أن يفصل القاضي في طلب الضمان وفي الدعوى الأصلية بحكم واحد إلا إذا دعت ضرورة الفصل فيهما كل على حدة، ودعوى الضمان الفرعية، ليست إلا إحدى صور الطلبات العارضة، ومن ثمة إذا قدم الطلب العارض، والطلب الأصلي وكان غير مهيأ للفصل فيه، ففي هذه الحالة يجب أن تسير إجراءات التحقيق في الطلبين في وقت واحد ويفصل فيهما معا بحكم واحد.

وليس هناك ميعاد مقرر لتقديم الطلبات العارضة، فيمكن أن يقدمها الخصم في أية حالة تكون عليها الدعوى.

وتقضي القاعدة العامة على أنه لا يجب أن يترتب على إبداء الطلبات العارضة تأخير الفصل في الطلب الأصلي، متى كان مهيأ ومن ثمة يجب الفصل في الطلب الأصلي على استقلال بالرغم من إبداء الطلب العارض.

والفصل في الطلب الأصلي يترتب عليه انقضاء الخصومة القضائية الناشئة عن الطلب القضائي الأصلي، ويؤدي ذلك أيضا إلى انقضاء خصومة الطلب العارض، باعتبارها فرعا من الأصل، وزوال الأصل يؤدي إلى زوال الفرع، ويتعين على صاحب المصلحة أن يعيد رفع الطلب العارض طبقا للأوضاع العادية لرفع الدعوى.

غير أنه لا يترتب على الفصل في الطلب الأصلي، انقضاء خصومة الطلب العارض، إذا تم رفعه طبقا للأوضاع التي يتم بها رفع الدعوى اي إذا ما رفع طبقا للإجراءات المعتادة لرفع الدعوى فيبقى الطلب العارض قائما رغم انقضاء خصومة الطلب الأصلي وعلى أية حال يجب تقديم الطلب العارض قبل قفل باب المرافعة.

وإذا أعيد فتح باب المرافعة من جديد لأي سبب فيمكن تقديم الطلبات العارضة.

و تلك هي الأحكام العامة التي تخضع لها الطلبات العارضة ، و لا يمكن الخروج عنها ، إلا في حالة وجود نص خاص يقضي خلاف ذلك.

المبحث الثالث
الـدفـوع

تمهيد وتقسيم

يستعمل الحق في الدعوى بواسطة الطلبات – وقد تكون طلبات اصلية أو عارضة – وقد يستعمل بواسطة الدفوع .

وتبعا لذلك أصبح للدعوى القضائية . كما سبقت الاشارة الى ذلك . وجهان أحدهما ايجابي يجسد حق المدعي في طرح ادعاءه أمام القضاء طالبا منه افادته بالحماية القضائية لهذا الادعاء[1].

ووجه سلبي[2] يجسد حق المدعى عليه في دفع هذا الطلب بواحد من الدفوع ، وهو يهدف من خلال ذلك إلى الحصول على حكم يقضي ببطلان اجراءات الخصومة وإما الى الحصول على حكم بعدم القبول وإما بالحكم برفض الدعوى.

وتعد الدفوع من الحقوق الاجرائية[3] ، يملك صاحبها الحق في استعمالها أو عدم استعمالها ولو كانت متعلقة بالنظام العام.

ومن ثمة تعتبر الدفوع على اختلاف انواعها حقوقا اجرائية ، يملك صاحب المصلحة فيها الحق في استعمالها أو عدم استعمالها ، وهذا ما يقابل حق المدعي في استعمال حقه في الدعوى أو عدم استعماله.

---

1 - نبيل اسماعيل عمر ، أصول المحاكمات ،المرجع السابق ، ص 313.

2 - أحمد هندي ، المرجع السابق ، ص 213.

3 - نبيل اسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 314.

والأصل أن يتم التمسك بالدفوع أمام المحاكم والمجالس مادام الحق فيها لم يسقط لأي سبب من أسباب السقوط ويأخذ من يتمسك بها مركز المدعى عليه.

وتبعا لذلك سأتطرق لدراسة هذا الموضوع بتقسيمه إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: الدفوع الشكلية أوالاجرائية.

المطلب الثاني: الدفوع بعدم القبول.

المطلب الثالث: الدفوع الموضوعية.

وإلى تفصيل هذه المسائل فيما يلي:

المطلب الأول
الدفوع الشكلية أو الاجرائية.

يثير موضوع دراسة الدفوع الشكلية أو الاجرائية ماهيتها ، أي تعريفها وكذا الأحكام التي تخضع لها.

وتبعا لذلك ، سأتطرق (أولا) إلى تعريفها و (ثانيا) إلى احكامها أو نظامها القانوني ، وذلك على الوجه التالي:

أولا : التعريف بالدفوع الشكلية أو الاجرائية:

لقد عرفت المادة 48 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الدفوع الشكلية ، حيث جاء فيها ما يلي:

الدفوع الشكلية هى كل وسيلة تهدف الى التصريح بعدم صحة الاجراءات او انقضائها أو وقفها.

أن هذا التعريف الذي اتى به المشرع الجزائري غير دقيق فاذا كانت الدفوع الشكلية تهدف الى التصريح بعدم صحة الاجراءات اي ببطلانها فهذا صحيح ، أما الوسيلة التي تهدف الى التصريح بانقضاء الحق الاجرائي فهذا يتولد عنه دفع بعدم القبول ، اما وقف اجراءات الحصومة فهذا يدخل تحت مدلول عوارض الخصومة و هو جزاء يتميز عن البطلان .

وفي الحقيقة فان الدفوع الشكلية هى تلك الوسائل التي يطعن بها المدعى عليه في صحة المطالبة القضائية أو في انكار اختصاص المحكمة[1] ، فالخصم لا ينازع خصمه في الحق الموضوعي الذي يطالب به ، بل يقتصر على وضع عائق مؤقت يمنع به المدعي من الاستمرار في الخصومة الجارية أمام المحكمة.

وينشأ الحق في الدفع الشكلي جراء مباشرة اجراءات الخصومة خرقا للشكل أو لقاعدة اجرائية ، أو بعبارة واحدة فان البطلان الاجرائي يترتب عن عيب شكلي ومن ثمة يجب التمييز بين بطلان العمل الاجرائي والسقوط ، فالبطلان ينشأ نتيجة لعيب لحق العمل الإجرائي ، أو بعبارة اخص ينشأ نتيجة لعيب شكلي ، كتخلف أحد البيانات في العريضة الافتتاحية للخصومة ، وهذا ما تقضي به المادة 15 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية ، حيث جاء فيها ما يلي: "يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوي (الخصومة) تحت عدم قبولها شكلا البيانات التالية ..... " ، والمشرع استعمل مصطلح عدم القبول شكلا ، وهو تعبير غير دقيق ، وهو يقصد به تحت طائلة البطلان وهو المصطلح الصحيح ، ومن العيوب الشكلية أن يتخلف احد البيانات المنصوص عليها في المادة المذكورة ، كعدم تحديد أحد عناصر الطلب القضائي ، في حين السقوط يترتب على عدم ممارسة[2] الحق في الدعوى أو الدفع أو الطعن أو أي اجراء آخر في الميعاد القانوني أو المناسبة او الترتيب الذي يقتضيه القانون كالتمسك بالدفوع الشكلية بعد الكلام في الموضوع ، فيؤدي ذلك إلى سقوط الحق في هذا الدفع ،و يقضي بعدم القبول وليس ببطلان العمل الاجرائي.

والدفوع الاجرائية لا تنشأ ولا تحيا إلا في محيط الخصومة القضائية [1] و تعد واحدة من الحقوق الارادية التي تستعمل وقف الوسيلة التي يحددها القانون .

تخضع الدفوع الشكلية إلى أحكام خاصة ، وتلك هي المسألة التي اتطرق إليها فيما يلي:

ثانيا: أحكام الدفوع الإجرائية أو الشكلية

تخضع الدفوع الشكلية إلى أحكام خاصة بها ، هي التي تبين لنا متى يجب أن يتمسك صاحب المصلحة فيها وإذا لم يتمسك بها في الزمن المناسب ، فما اثر ذلك عليها وعلى باقي الدفوع الشكلية الأخرى.

ولمعرفة كل ذلك ، يجب البحث عن الزمن الذى يتعين ان يبدي فيه الدفع الشكلي ومتى يجب الفصل فيه ، ومدى تعلقه بالنظام العام وهل يمكن الفصل فيه مستقلا عن الموضوع.

وهل الفصل فيه يؤدي إلى استنفاذ الولاية ، وتلك هي المسائل التي أتطرق إليها فيما يلي:

1 - يجب إبداء الدفوع الشكلية قبل التطرق إلى الموضوع:

تخضع الدفوع الشكلية أو الإجرائية إلى نظام قانوني خاص بها ، وهو النظام الذي نصت عليها المادة 50 من نفس القانون ، حيث جاء فيها ما يلي " يجب إثارة الدفوع الشكلية في آن واحد قبل ابداء اي دفاع في الموضوع او دفع بعدم القبول ، تحت طائلة عدم القبول "

ويستخلص من هذا النص ، أنه يجب على المدعى عليه أنه يتمسك بالدفوع الشكلية دفعة واحدة وإلا يجزئها على خلاف قانون الاجراءات المدنية القديم حيث كان يسمح

1 - نبيل اسماعيل عمر ، أصول ، المرجع السابق .ص 323.

بتجزئة الدفوع الشكلية ، ويجب أيضا ان يبدي الدفع الشكلي قبل اي دفع أو دفاع اخرى

اذن المشرع يشترط أن يتمسك المدعي عليه بالدفع الشكلي قبل أي دفع أو دفاع[1] في الموضوع أو دفع بعدم القبول, و إلا سقط الحق فيه, فإذا تمسك المدعى عليه بالدفاع الموضوعي أو الدفع الموضوعي أو الدفع بعدم القبول, ترتب على ذلك سقوط حقه في الدفوع الشكلية, لأنه قد خالف الترتيب الواجب مراعاته.

اذن يجب على المدعى عليه ان يتمسك دفعة واحدة بجميع الدفوع الشكلية قبل التطرق إلى الموضوع ، فإذا تمسك بعدم الاختصاص و هو دفع شكلي في مذكرته الأولى ، ثم تمسك في المذكرة الثانية ببطلان العريضة الافتتاحية يسقط حقه في الدفع الذي تمسك به في المذكرة الثانية لانه يكون بذلك قد جزأ الدفوع الشكلية مما لا يجوز فيجب على المدعى عليه إبداء الدفوع الشكلية في وقت واحد ، وقبل ابداء أي دفاع ، أو دفع أو دفع بعدم القبول ، والا سقط الحق فيما لم يبد منها[2].

والدفوع الشكلية التي تتعرض للسقوط لا تعود إلى الحياة مرة أخرى ، اما الدفوع الشكلية لعيب شكلي فيمكن تصحيحها وهذا ما أكدت عليه المادة 62 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها ما يلي "يجوز للقاضي ان يمنح اجلا للخصوم لتصحيح الاجراء بالبطلان ، بشرط عدم بقاء اي ضرر قائم بعد التصحيح "

اذن وحسب هذا النص، فإذا انتهت المطالبة القضائية الى التصريح ببطلان الاجراءات ، فيمكن لصاحب المصلحة ان يجدد المطالبة القضائية ، أو ان يقوم بتصحيح الاجراء المعيب و بذلك يتلافي الحكم ببطلان إجراءات المطالبة القضائية.

---

1 - ويميز الفقه بين الدفع والدفاع.

ويقصد بالدفع الموضوعي ما لا تستطيع المحكمة أن تدخله ضمن وقائع القضية مالم يتمسك به المدعى عليه ، كالدفع بالمقاصة القانونية ، وما تمسك به المدعى عليه في هذه الصور يعد دفعا بمعناه الضيق ، في حين إذا تمسك المدعى عليه بانكار مصدر الحق المطالب به كانكاره وجود العقد أصلا ، أو كإنكاره للحق الموضوعي المطالب به ، لا يعدو أن يكون ذلك مجرد دفاع موضوعي ، وتبعا لذلك يتميز الدفع الموضوعي عن الدفاع الموضوعي.

- انظر فتحي والي ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص 489.

2 - إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 64.

- أنور طلبه ، المرجع السابق ، ص 149.

والأصل في الدفوع الشكلية أنها لاتتعلق بالنظام العام ، لأنها في الأصل تتعلق بحقوق الخصوم.

غير أنه ترد بعض الاستثناءات على هذا الاصل ، حيث تعد بعض الدفوع الإجرائية متعلقة بالنظام العام ، وهي المسألة التي اتطرق إليها كما يلي:

2 - الدفوع الإجرائية المتعلقة بالنظام العام.

لقد سار المشرع الجزائري على درب المشرع الفرنسي ، هذا الاخير يقسم البطلان الاجرائي ، الى بطلان لعيب شكل و بطلان لعيب موضوعي .

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 60 على ما يلي:

"لا يقرر بطلان الاعمال الاجرائية شكلا ، إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك ، وعلى من يتمسك به ان يثبت الضرر الذي لحقه " ، وتبعا لذلك ، فان الدفوع الاجرائية لعيب شكلي لقد ورد تعدادها من قبل المشرع على سبيل الحصر و أصبح جلها غير متعلق بالنظام العام ، على اساس ان المشرع تولى تحديدها ولم يربطها بفكرة النظام العام ، فقام بتحديدها وحصرها ، بصرف النظر عما اذا كانت تتعلق بالنظام العام من عدمه[1] ولم تبق لفكرة النظام العام بالنسبة للدفوع الاجرائية لعيب شكلي اثر.إلا في حدود ضيقة فلا يمكن التمسك امام القاضي بالدفع الشكلي إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة الى جانب ذلك ، يجب على المتمسك به ان يثبت انه لحق به ضرر.

أما فكرة النظام العام بالنسبة للدفوع الاجرائية لعيب موضوعي ما تزال قائمة ، وهذا ما تنص عليه المادة 65 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها ما يلي:

" يثير القاضي تلقائيا انعدام الأهلية....." ، وتخلف الأهلية أو انعدامها يترتب عليها بطلان لعيب موضوعي وتبعا لذلك يتعين علينا تحديد فكرة النظام العام ، بادئ ذي بدء أقول أن فكرة النظام العام قد اختلف حولها الفقه ، وقد حاول البعض تحديد فكرة النظام العام

[1] ومع ذلك لم يلغ المشرع جميع الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام . فإذا لم يتمسك الخصم بالبطلان بالرغم من النص عليه صراحة في القانون ، ففي هذه الحدود على القاضي أن يثير الدفع تلقائيا ما دام منصوصا عليه في القانون ومتعلقا بالنظظام العام.

بالنظر إلى الهدف الذي تسعى القاعدة القانونية إلى تحقيقه . فد قيل انه إذا كانت القاعدة القانونية ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة فهي تتعلق بالنظام العام . أما إذا كانت ترمي إلى تحقيق مصلحة خاصةاى مصلحة احد الاشخاص ، فهي لا تتعلق بالنظام العام[1].

ومن ثمة فإن القاعدة القانونية التي تنظم مرفق القضاء أو القاعدة التي تحدد درجات التقاضي وقواعد الاختصاص الوظيفي والنوعي وشروط قبول الدعوى ، وتعيين موضوع أو سبب الطلب القضائي وتشكيل المحاكم و قواعد القانون الاداري و الدستوري ،قواعد كلها تسعى إلى تحقيق الصالح العام.

فمخالفة تلك القواعد . يتولد عنها دفع يتعلق بالنظام العام ، وهذا ما أكدت علي المادة 36 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية على أن " عدم اختصاص النوعي من النظام العام ، وتقضي به المحكمة القضائية تلقائيا ، وفي أيه مرحلة كانت عليها الدعوى."

والدفع بعدم الاختصاص النوعي ، ليس إلا دفعا اشكليا ، وقد ينص المشرع صراحة على أن دفعا ما يتعلق بالنظام العام ، كما هو الشأن بالنسبة للدفع المتعلق بالاختصاص النوعي ، وقد يسكت المشرع عن الافصاح عن طبيعة الدفع ، مما يطرح التساؤل حول طبيعته ، وماإذا كان يتعلق بالنظام العام أو لا؟

ومن نافلة القول أن الدفوع الشكلية لعيب شكلي ، أصبحت تخضع لمعيار تحكيمي ، أي يجب أن يرد نص عليها صراحة ثم يبقى الباب مفتوحا امام القاضي للبحث عن طبيعة الدفع الشكلي ما اذا كان يتعلق بالنظام العام من عدمه.

في حين أن فكرة النظام العام في باقي المسائل الاخرى ما تزال باقية ، كما هو الشأن بالنسبة للدفوع بعدم القبول فيقف القاضي امام كل دفع بعدم القبول متسائلا هل يتعلق بالنظام العام ام لا ؟ وتبعا لذلك . فإذا طرحت على القاضي مسألة ما اذا كانت تتعلق بالنظام العام من عدمه ، فيجب الاعتماد على المعيار الذي سبقت الاشارة إليه ، وذلك بالرجوع إلى طبيعة القاعدة القانونية ، سواء كانت قاعدة اجراءاية او موضوعية ، وما تهدف إلى تحقيقه . فإذا كانت تهدف تلك القاعدة إلى حماية المصلحة الخاصة ، فهي لا تتعلق بالنظام العام ، أما إذا كانت تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ، فهي تتعلق

1 -نبيل اسماعيل عمر . الدفع .المرجع السابق . ص 202.

بالنظام العام، وبالتالي فإن مخالفتها يتولد عنها دفع متعلق بالنظام العام، كالدفع بعدم الاختصاص الوظيفي أو النوعي.

ويتم التمسك بالدفع الإجرائي المتعلق بالنظام العام في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام جهة الاستئناف، بل يجوز التمسك به لأول مرة أمام المحكمة العليا مادام أساسه الواقعي كان مطروحا على قضاة الموضوع وللقاضي أن يثيره تلقائيا.

ولا يسقط الحق في الدفوع الإجرائية، التي ينشأ الحق فيها بعد االكلام في الموضوع، ذلك أن الدفوع الإجرائية، تتولد عن حلقات متتابعة، طبقا لطبيعة أعمال الخصومة القضائية، كأن ترفع الدعوى ويدخل الخصوم في الخوض في موضوع النزاع، وقد يشوب الأعمال اللاحقة البطلان كبطلان أعمال الخبرة أو اجراءات التحقيق، فعلى صاحب المصلحة أن يتمسك ببطلان اجراءات الخبرة أو التحقيق، قبل التطرق إلى مناقشة موضوع الخبرة أو إجراءات التحقيق فعلى صاحب المصلحة ان يتمسك ببطلان اجراءات الخبرة او التحقيق و الا سقط الحق فيه.

والاجراء قد يكون باطلا، وقد يكون منعدما، وتترتب على التمييز بينهما آثار قانونية. وذلك أنه إذا كان يمكن تصحيح الاجراء الباطل أو يصحح بالتكلم في الموضوع، غير أن الاجراء المنعدم لا تلحقه اية حصانة ويمكن التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى[1] كالمطالبة القضائية التي ترفع من أو على شخص غير موجود من الناحية القانونية مثل رفع الدعوي على الشخص الطبيعي يكون قد توفي أو على الشخص المعنوي الذي تم حله، فإن اجراءات المطالبة القضائية على هذا النحو تعد منعدمة.

فإذا تخلف المدعي عليه عن الحضور وصدر حكم ضده، وطعن في هذا الحكم مباشرة بالاستئناف فيجب عله ان يتمسك بالدفوع الإجرائية في عريضة الاستئناف و الا سقط حقه في ذلك.

وعلى المدعى عليه أن يتمسك - في مذكرة الجواب - بالدفوع الإجرائية والموضوعية، ولكن هل يجب عليه أن يتمسك بها وبهذا الترتيب ؟

1 - نبيل اسماعيل عمر، الدفع ،المرجع السابق، ص 202.

فما هو الحل إذا ما تمسك . في مذكرة الجواب . بالدفوع الموضوعية ثم الإجرائية ، ولم يتمسك بهذا الترتيب ؟ فهل يؤدي ذلك سقوط لحقه في الدفوع الاجرائية ؟

ان الاجابة على ذلك ، هي أن ذلك لا يؤدي الى سقوط حقه في الدفوع الاجرائية ، ذلك ان تعرض لهذه الاخيرة بعد التعرض إلى الموضوع في نفس الصحيفة لا يفيد انه تنازل عن تلك الدفوع ، و لا يؤدي الى سقوطها[1].

3 - مدى جواز الفصل في الدفع على استقلال:

الأصل أن تقضي المحكمة في الدفع الشكلي أولا ، لأن ذلك قد يغنيها عن التطرق إلى الدفع بعدم القبول ، و قد يغنيها ايضا عن التطرق إلى الموضوع .

فإذا لم تقبل الدفع الشكلي ورفضته انتقلت إلى مناقشة الدفع بعدم القبول اذا كان مطروحا امامها لان هذا الاخير قد يغنيها ايضا عن التطرق الى الموضوع. وإذا رفضت هذا الاخير انتقلت إلى مناقشة الموضوع.

والمحكمة تكون على خيار ، وحسب ظروف كل قضية أما أن تتطرق إلى الفصل في الدفع الشكلي على استقلال ،تصرح بقبوله او بعدم قبوله وأما أن تضم هذا الدفع إلى الموضوع ، لتفصل فيهما معا ، وفي هذه الحالة يجب عليها ان تبين ما فصلت فيه في كل من الدفع الشكلي والدفع الموضوعي على حده.

والمحكمة تتطرق إلى دراسة الدعوى اولا من الناحية الاجرائية فتفصل في الدفوع الشكلية ، فإذا فصلت فيها وصرحت ببطلان اجراءات المطالبة القضائية ، ففي هذه الحالة تغنيها عن التطرق إلى الدفوع بعدم القبول والدفوع الموضوعية ، أما إذا وجدت أن هذه الدفوع غير مؤسسة صرحت برفضها وانتقلت إلى دراسة الدفوع بعدم القبول ، فإذا وجدتها مؤسسة قضت بعدم قبول الدعوي ، مما يغنيها عن التطرق إلى موضوع الدعوى.

1 - نبيل اسماعيل عمر ، اصول المحاكمات المرجع السابق ، ص 326.

أما إذا وجدت أن كلا من الدفوع الإجرائية والدفوع بعدم القبول غير مؤسسة. صرحت برفضها، وانتقلت إلى مناقشة موضوع الدعوي فإذا وجدته على أساس قضت للمدعي بما ادعاءه أما إذا وجدته على غير أساس قضت برفض الدعوى.

وتبعا لذلك، فإن الفصل في أية دعوى قضائية فإنها تمر بمراحل، وكل مرحلة يقطعها المدعي تؤدي به إلى مرحلة تالية، يجب عليه ان يتجاوزها.

ومن ثمة تعتبر الدفوع الإجرائية الحلقة الأولى من الحلقات التي تتكون منها أعمال الخصومة القضائية، وبالتالي فإن العمل الذي يليه يجب ان يستند إلى سابقيه وأن يكون صحيحا. فعلى الخصم أن يتجاوز كل مرحلة بنجاح ولايعثر فيها.

فالحكم الصادر في الدفع الشكلي. إذا قضى ببطلان اجراءات المطالبة القضائية، فيعتبر هذا الحكم من الأحكام الفرعية الصادرة قبل الفصل في الموضوع، ويترتب على ذلك زوال الخصومة القضائية التي انشئت بالمطالبة القضائية. وزوال الآثار المترتبة عليها، ولكن ذلك لايمس بأصل الحق المتنازع عليه. فيحق لصاحبة الحق ان يعيد رفع الدعوى للمطالبة بنفس الحق.

ولكن السؤال يبقى مطروحا حول ما إذا كان الحكم في الدفع الشكلي يؤدي إلى استنفاد المحكمة لولايتها ام لا؟ وهي المسألة التي اتطرق إليها فيما يلي:

4 - مدى استنفاذ المحكمة لولايتها بالحكم في الدفع الشكلي:

يقصد باستنفاد المحكمة لولايتها، أن تفصل في مسألة من المسائل المعروضة عليها، فيؤدي ذلك إلى انقضاء سلطتها وخروج تلك المسألة عن ولايتها، فيستنفذ القاضي سلطته ويصير لا ولاية له بها[1] بالنسبة للمسألة التي فصل فيها. ولايجوز للخصوم اثارتها أمامه من جديد، عندما يقرر أن الدفع الشكلي المتمسك به غير مؤسس، ويقضي برفضه، فإنه يستنفذ ولايته بالنسبة لهذه المسألة. فلا يجوز الرجوع إليه مرة أخرى ومناقشتها استنادا إلى فكرة استنفاذ الولاية.

1 - فتحي والي، الوسيط، المرجع السابق، ص 135.

لكن إذا قضت المحكمة في الدفع الإجرائي وصرحت ببطلان اجراءات المطالبة القضائية . فيعتبر الحكم الصادر في هذا الدفع هو من الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع . تستنفذ المحكمة ولايتها بالنسبة لهذه المسألة ، إلا أن المحكمة لا تستنفذ ولايتها بالنسبة للموضوع .

وتبعا لذلك يجب التفرقة بين الحجية التي تلحق بالحكم الذي يمنح الحماية القضائية الكاملة اي الحكم الذي يفصل في أساس النزاع . أما الأحكام القضائية الفرعية التي تصدر لحسم مسألة فرعية داخل الخصومة[1] . تستنفذ بها المحكمة ولايتها بالنسبة لهذه المسألة ، لكنها لاتستنفذ بها ولايتها بالنسبة للموضوع.

ويحق للخصم أن يعيد رفع الدعوى من جديد أمام نفس المحكمة التي صدر عنها الحكم دون أن يدفع عليه بسبق الفصل في الدعوى ، فإذا قضى ببطلان عريضة افتتاح الخصومة لعدم تعيين موضوع أو سبب الطلب القضائي ، فيحق للخصم ان يعيد من جديد رفع الدعوى ، بعدما يكون قد قام باستيفاء المقتضى الذي ادى إلى البطلان.

لكن الحكم الصادر بعدم الاختصاص المحلي أو النوعي أو الولائي ، هو من الأحكام الفرعية الصادرة قبل الفصل في الموضوع ، وهو الحكم الذي تستنفذ به المحكمة ولايتها ، فإذا حكمت المحكمة في الدعوى بعدم الاختصاص المحلي فلا يجوز إعادة رفع

1 - فتحي والي ، نفس المرجع ، ص 135.

إليها نفس الدعوى ، لأنها تكون قد استنفذت ولايتها وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في عدة قرارات صادرة عنها[1].

ويقبل الحكم الصادر في الدفع الإجرائي الطعن فيه بالاستئناف لأنه يعد من الأحكام القطعية ، والأصل أن ينقل الطعن إلى جهة الاستئناف المسائل المتعلقة بهذا الدفع ، والتي كانت مطروحة امام محكمة الدرجة الأولى ، وذلك في الحدود التي رفع عنها الطعن ، فإذا فصلت جهة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف فلا اشكال يثور حينئذ.

أما إذا الغت الحكم المستأنف فيجب عليها أن تعيد القضية إلى محكمة الدرجة الأولى ،و ذلك احتراما لمبدأ التقاضي على درجتين ، لأنها لم تستنفذ ولايتها بالنسبة للموضوع.

غير أنه يستثنى من مبدأ التقاضي على درجتيين ، حيث يجوز لجهة الاستئناف – إذا ما طعن امامها في الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع – أن تتصدى لموضوع النزاع وإنهاءه بصفة نهائية وذلك ما تتقضي به الماده 346 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية وقد كان القانون القديم – طبقا - للمادة 109 .يجيز لجهة الاستئناف أن تتصدى للفصل في القضية بشرط أن تكون القضية مهيأة للفصل فيها ، اما اذا كانت غير مهياه فيجب ان تعيدها الى محكمة الدرجة الاولى وذلك احتراما لمبدأ التقاضي على درجتيين.

---

1 - انظر القرار الصادر بتاريخ 2005/02/02 رقم 352466 عن المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، القسم الأول ، غير منشور ، جاء فيه مايلي:

" حيث ينعى الطاعن على القرار المطعون فيه ، ذلك أنه سبق له أن تمسك بعدم قبول الدعوى شكلا لاستنفاذ المحكمة ولايتها في حين ان قضاة الموضوع ردوا على ذلك بقولهم أن الدفع بسبق الفصل في الدعوى مردود ، لأن الأمر الصادر بتاريخ 2003/01/29 والمحتج به من طرف المستأنف عليه قضى بعدم الاختصاص المحلي وهذا لايلزم المجلس وأن الذي يلزم هذا الأخير يجب أن يكون الفصل حول النزاع في ذاته.

مما يعد ذلك خرقا للقواعد الجوهرية في الاجراءات ، يعرض القرار المطعون فيه للنقض.

وحيث أن مانيعيه الطاعن على القرار المطعون فيه في محله ، ذلك أنه سبق للمحكمة أن فصلت في الدعوى المرفوعة إليها بعدم الاختصاص المحلي بموجب الأمر المؤرخ في 2003/01/29.

ثم رفعت نفس الدعوى السابقة إلى نفس المحكمة والتي فصلت فيها برفضها طبقا للأمرالمؤرخ في 2003/04/09 رغم تمسك الطاعن بعدم قبولها.

وحيث أن قضاة الموضو عندما فصلوا في الدعوى الأصلية بعدم الاختصاص المحلي ، فإن الدعوى الجديدة التي رفعها المطعون ضده أمام نفس المحكمة تكون غير مقبولة لاستنفاذ المحكمة ولايتها..."

في حين أن القانون الجديد يجيز لجهة الاستئناف ان تتصدى للقضية للفصل فيها من حيث الموضوع ، حتى و لو كانت غير مهيأة ، بل يحق لها ان تجري فيها تحقيقا قبل الفصل فيها من حيث الموضوع.

لكن الأمر يبقي لجهة الاستئناف جوازيا ، فاذا ما رأت أنه من حسن سير العدالة أن تستعمل حقها في التصدي وتفصل في القضية ولا تعيدها إلى محكمة الدرجة الأولى قامت بذلك أما إذا رأت عكس ذلك انه من حسن سير العدالة احترام مبدأ التقاضي على درجتين أمرت بإرجاع القضية إلى محكمة الدرجة الأولى ، لان هذه الاخير لم تستنفد ولايتها من حيث الموضوع.

وتبعا لذلك ، فان حق جهة الاستئناف في التصدي ، هي من المسائل الخاضعة لسلطتها التقديرية فلا معقب عليها من قبل المحكمة العليا ، فلها أن تستعمل هذه الرخصة او لا تستعملها ، فقد ترى انه من حسن السير العدالة ان تعيد القضية الى محكمة الدرجة الاولى احتراما لمبدأ التقاضي على الدرجتين.

فيما يتعلق بالدفوع الشكلية أو الإجرائية ، والآن أنتقل إلى دراسة الدفع بعدم القبول فيما يلي:

المطلب الثاني
الدفوع بعدم القبول

مقدمة

الفقه مجمع على صعوبة وضع تعريف جامع مانع للدفع بعدم القبول ، وذلك لتعدد صوره و احتلاف الوقائع المولدة له.

فالدفع بعدم القبول ليس دفعا شكليا ، لكنه قد يقترب منه ، باعتباره عائقا يقيمه الخصم لمنع المحكمة من التعرض إلى موضوع النزاع. وليس دفعا موضوعيا ، لكنه قد يقترب منه لأنه قد يؤدي أحيانا إلى انهاء النزاع [1].

ومن ثمة أصبح من الصعوبة بمكان وضع تعريف للدفع بعدم القبول يستوعب جميع صوره المختلفة.

وتبعا لذلك، سأقسم هذا المطلب إلى فرعين أتناول في الأول تعريف الدفع بعدم القبول وطبيعته الخاصة، وفي الثاني أتناول فيه أحكامه الخاصة، وذلك على الوجه التالي:

الفرع الأول
تعريف الدفع بعدم القبول وطبيعته الخاصة

أتطرق في هذا الفرع (أولا) إلى تعريف الدفع بعدم القبول، و(ثانيا) إلى طبيعته الخاصة وذلك على الوجه التالي:

أولا: تعريف الدفع بعدم القبول

لقد عرف قانون الاجراءات المدنية والإدارية، الدفع بعدم القبول في المادة 67 منه حيث جاء فيها ما يلي: " الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي الى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي. كانعدام الصفة و انعدام المصلحة و التقادم و انقضاء الاجل المسقط و حجية الشيء المقضي فيه ، و ذلك دون النظر في موضوع النزاع "

ويستخلص من هذا النص انه و لقبول الدعوى أمام القضاء، يجب ان تتوافر فيها شروط قبولها، وهو أن يكون لرافعها مصلحة بأوصافها بأن تكون قانونية، وقائمة وحالة وعدم وجود القيد يمنع استعمال الحق في الدعوى مباشرة، وأن تكون شخصية ومباشرة اي ان تكون لرافعها صفة.

وقد أورد النص عدة صور مثل انعدام وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه، وتعكس هذه الصور كلها وصفا من اوصاف المصلحة ان تكون قانونية ذلك ان الدفع بعدم القبول المتولد من سقوط الحق بالتقادم، يعكس في الحقيقة ان الحق الموضوعي قد سقطت عنه الحماية القانونية وبالتالي تصبح الدعوى تستند الى مصلحة

غير قانونية لان الحق الموضوعي التي ترمي الى حمايته قد سقطت عنه الحماية القانونية وينعكس ذلك على المصلحة في الدعوى حيث تصبح غير قانونية كما سبقت الاشارة الى ذلك.

وهو نفس التحليل ينطبق على باقي الصور الاخرى والتي ذكرها النص ، بان الدفع بعدم القبول لكون النزاع قد سبق الفصل فيه . وكذلك عدم قبول الطعن لرفعه خارج الاجل القانوني . فان الدفع بعدم القبول في هاتين الحالتين يرجع اساسا الى ان نوع الحق المطالب به قد سقطت عنه الحماية القانونية.

وتبعا لذلك ، فان الدفع بعدم القبول في الحقيقة يستعمل كاداه فنية للتعبير عن انعدام حق الشخص في الدعوى ، أي عدم توافر احد شروط قبول الدعوى كانعدام المصلحة ، أو أن المصلحة غير قائمة ولا حالة ، أو أنها غير قانونية ، كالدفع بعدم قبول الدعوى بسقوط الحق بالتقادم ، أو رفع الطعن خارج الاجل القانوني ، فالشخص عندما يرفع الدعوى أمام القضاء ، فعليه أن يثبت أن له الحق في رفعها ، ولكن إذا رفعها و ليس له الحق في رفعها ، فإن الشخص الذي رفعت عليه فيرد على ذلك بوسيلة فنية محددة لمنع المحكمة من التعرض الى موضوع النزاع . تسمى في الاصطلاح الفقهي " بالدفع بعدم القبول " ويرمي المدعى عليه من خلال هذه الوسيلة إلى إنكار حق خصمه في التقاضي لانتفاء حقه في الحماية القضائية سواء تعلقت هذه الحماية بتخلف شروط الحماية القضائية ، أو شروط الحماية القانونية .

والدفع بعدم القبول ، يوجه إلى كل وسائل استعمال الحق في الدعوى من الطلبات والدفوع والطعون ، استنادا إلى القاعدة القانونية التي تقرر أنه لايقبل أي طلب أو دفع أو طعن أو أي اجراء من اجراءات الخصومة ، مالم يكن لصاحبه فيه مصلحة.

وتتعدد الوقائع المولدة للدفع بعدم القبول ، كالدفع بعدم القبول لسبق الفصل في الدعوى ، أو الدفع بعدم القبول لعدم رفع الدعوى على جميع الأشخاص الذين يستلزم القانون اختصاصهم جميعا ، كوجوب رفع دعوى القسمة على باقي الشركاء الاخرين في المال الشائع ، أو الدفع بعدم القبول لعدم استيفاء القيد المقرر قانونا ، أو رفع دعوى الحيازة بعد انقضاء سنة من تاريخ التعرض ، أو الدفع بعدم قبول الطعن بعد رفعه خارج الميعاد القانوني وغيرها من الدفوع.

وتثير طبيعة الدفع بعدم القبول جدلا فقهيا ، لم ينقطع وهي المسألة التي أتطرقها اليها فيما يلي:

ثانيا: طبيعة الدفع بعدم القبول

تطرح طبيعة الدفع بعدم القبول التساؤل عن الجنس الذي ينتمي اليه ، فهل ينتمي الى الدفوع الشكلية ام ينتمي الى الدفوع الموضوعية ، ام هو دفع مستقل بذاته فهو ليس دفعا شكليا ولا دفعا موضوعيا.

وقد كان الاتجاه في الفقه يقسم الدفوع بعدم القبول إلى دفوع متعلقة بالموضوع في حالات معينة ، كالدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام المصلحة أو الصفة. وبالتالي تسري عليها قواعد الدفوع الموضوعية ، ودفوع متعلقة بالاجراءات ، وتسمى الدفوع بعدم القبول الاجرائي ، وتسري عليها القواعد العامة التي تسري على الدفوع الشكلية كالدفع بعدم قبول الدعوى لعدم رفعها على أشخاص معينين ، او الدفع بعدم قبول الدعوى لعدم رفعها في مناسبة معينة [1] ، وعدم قبول الدعوى لعدم استيفاء القيد المقرر قانونا.

غير أن هذا الاتجاه منتقد ، ذلك ان الاخذ بهذا الاتجاه سيؤدي إلى زوال الدفوع بعدم القبول ، و ذلك بتوزيعها على كل من الدفوع الاجرائية والموضوعية ، مع التسليم أن الدفع بعدم القبول ينتمي إلى فئة مستقلة عن كل من الدفوع الاجرائية والموضوعية .

في حين ذهب البعض الآخر إلى القول ، أن الدفوع بعدم القبول تشبه الدفوع الموضوعية من حيث جواز التمسك بها في أية مرحلة تكون عليها الدعوى ، بل يجوز التمسك بها لأول مرة أمام جهة الاستئناف ، وذلك عندما يتعلق الدفع بعدم القبول بانعدام الصفة أو لانعدام وجود الحق في الدعوى [2].

هذا الرأي معترض عليه هو الاخر ، استنادا إلى أن الدفع الشكلي المتعلق بالنظام العام هو الاخر ، يمكن التمسك به في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام

---

1 - فتحي والي ، الوسيط ، ص 492.

2 - نبيل اسماعيل عمر ، أصول ، ص 492.

محكمة الاستئناف [1] ، وتبعا لهذا الراي فلا يوجد فرق بين الدفع بعدم القبول والدفع الشكلي المتعلق بالنظام العام.

و تبعا لذلك ، فان الدفع بعدم القبول هو عبارة عن وسيلة فنية يتمسك بها المدعي عليه من اجل انكار حق خصمة في عدم سماع المحكمة لدعواه و بالتالي فهو دفع مستقل عن كل من الدفع الشكلي و الدفع الموضوعي و هذا ما اكد عليه المشرع الجزائري في المادة 67 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية ، حيث جاء فيها ما يلي :"الدفع بعدم القبول ، هو الدفع الذي يرمي الى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي ..... وذلك دون النظر في موضوع النزاع ".

إذا طبقا لهذا النص ، فالدفع بعدم القبول هو عائق يمنع المحكمة من سماع موضوع النزاع ، وتبعا لذلك فهو يحتلف عن الدفع الموضوعي ويستقل عنه.

وفي الحقيقة ، فإن الخلاف القائم في الفقه ، تعود جذوره الى الخلاف القائم بين الفقهاء فيما يتعلق بتعريف الدعوى القضائية وعلاقتها بالحق الموضوعي ، فوجود الحق الموضوعي ووقوع الاعتداء عليه . كما سبقت الاشارة الى ذلك . يعد مقتضى موضوعيا لنشأة الحق في الدعوى ، ولذلك توجد علاقة وثيقة بين الحق الموضوعي والحق في الدعوى ، ومن ثمة يتأثر الحق في الدعوى وجودا وعدما بالحق الموضوعي ، وينعكس على كل ذلك على الدفع بعدم القبول ، باعتباره أداة تستعمل لنفي وجود الحق في الدعوى ، أي لعدم وجود المصلحة في الطلب أو في الدفع أو الطعن ، وانعدام وجود المصلحة في الدعوى قد يؤدي إلى أنعدام وجود الحق الموضوعي.

والدفع بعدم القبول يوجه إلى إنكار وجود الحق في الحماية القضائية سواء تتعلق هذه الحماية بالحق الموضوعي أو بالحق الاجرائي.

الدفع بعدم القبول يستعمل اما لنفي الحق في الدعوى ، او لاعمال جزاء السقوط ، كالدفع بعدم قبول الطعن لسقوط الحق فيه لرفعه خارج الاجل القانوني .

وقد يتولد – كما بينا سابقا – عن نفس الواقعة دفع موضوعي ودفع بعدم القبول، وذلك كما هو في حالة المطالبة بالدين الناجم عن القمار. فإن هذه الواقعة يمكن النظر إليها من زاويتين.

الزاوية الأولى التي يمكن النظر منها من حيث ميلاد الحق الموضوعي في عالم القانون فنلاحظ – في هذه الحالة – أن الحق الموضوعي لم يولد في عالم القانون, فهو يفتقد إلى عنصر الحماية القانونية التي تعتبر ركنا في الحق الموضوعي.

فإذا رفع الخصم الدعوى للمطالبة بدين ناجم عن القمار، فيحق للمدعى عليه ان يتمسك بدفع موضوعي، فينكر وجود أي حق للمدعي، وهنا تنتهي المحكمة إلى رفض الدعوى لعدم وجود اي حق للمدعي.

والزاوية الثانية التي يمكن النظر منها من حيث وجود المصلحة في الدعوى، فاذا رفع المدعي الدعوى على المدعى عليه للمطالبة بدين ناجم عن القمار فيحق للمدعى عليه ان يتمسك بدفع بعدم القبول، استناد إلى المصلحة التي يستند إليها مصلحة غير قانونية، وهنا تنتهي المحكمة الى التصريح بعدم قبول الدعوي لعدم قانونية المصلحة.

وتبعا لذلك، فإن هذه الواقعة يتولد عنها دفعان:

الدفع الأول يتعلق بالدفع الموضوعي يوجه إلى أنعدام عنصر الحماية القانونية، يؤدي بالتبعية إلى انعدام الحق الموضوعي. والدفع الثاني يتعلق بالدفع بعدم القبول، يوجه إلى تخلف أحد شروط الحماية القانونية، استنادا إلى المصلحة التي تستند إليها الدعوى مصلحة غير قانونية.

ومع ذلك يوجد فارق بين الدفع بعدم القبول لعدم قانونية المصلحة والدفع الموضوعي، وذلك في حالة الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر بعدم القبول. فإذا ألغت جهة الاستئناف الحكم محل الاستئناف فيجوز لها أن تعيد القضية إلى المحكمة احتراما لمبدأ التقاضي على درجتيين اذا كان ذلك يحقق حسن سير العدالة.

في حين إذا الغت جهة الاستئناف الحكم الصادر في الدفع الموضوعي. فإنها لا تستطيع أن تعيد القضية إلى المحكمة، لأنها تكون قد استنفذت ولايتها بالنسبة لموضوع النزاع، وبالتالي يحوز الحكم حجية الشيء المقضي به.

ومن الأمثلة على ذلك، أن يرفع المدعي دعوى يطالب فيها بالزام المدعى عليه بأداء معين، وليكون هذا الأداء مبلغا من النقود وتبعا لذلك يتمسك المدعى عليه بعدم قبول الدعوى، لكون المصلحة في الدعوى غير قانونية، استنادا إلى أن الدين الذي يطالب به هو ناجم عن الفوائد الربوية. ففي هذه الحالة سينظر القاضي إلى نوع المصلحة. ما إذا كان يحميها القانون من الناحية المجردة بصرف النظر عما إذا كان عقد القرض بفائدة ثابتا أم لا ؟

فإذا تبين له أن نوع المصلحة التي يطالب بها المدعي لايحميها القانون قضى بعدم القبول ، دون أن يتطرق إلى موضوع النزاع، اي دون أن يبحث ما إذا كان هذا العقد ثابتا وصحيحا ام لا ؟.

وتبعا لذلك يتميز الدفع بعدم القبول عن الدفع الموضوعي. فالأول لا تستنفذ به المحكمة ولايتها من حيث الموضوع، في حين الثاني تستنفذ المحكمة ولايتها من حيث الموضوع، أي أن الحكم الصادر في الدفع الموضوعي يحوز حجية الشيئ المقضي به.

ويتميز أيضا الدفع بعدم القبول عن الدفع الشكلي. فيستعمل هذا الأخير لأعمال جزاء البطلان .اي الدفع الشكلي هو الوسيلة للطعن في صحة الاجراءات ، في حين ان الدفع بعدم القبول يستعمل كأداة لأعمال اثر تخلف احد شروط قبول الدعوى .كالدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة أو الصفة، ويستعمل أيضا كأداة لإعمال جزاء السقوط كالدفع بعدم قبول الطعن لرفعه خارج الاجل القانوني.

ومن ثمة يجب التمييز بين البطلان والسقوط. فيتولد عن البطلان الدفع الشكلي، وقد يتعلق بالنظام العام وقد لايتعلق به، كما رأينا فيما سبق.

في حين يتولد عن السقوط دفع بعدم القبول. وهذا الأخير أيضا قد يتعلق بالنظام العام وقد لا يتعلق به. وإذا حكم بعدم قبول الطعن ، فلا يجوز للطاعن أن يعيد رفع الطعن من جديد استنادا إلى سقوط الحق، لا يمكن للخصم أن يتمسك بهذا الحق من جديد.

في حين إذا حكم ببطلان اجراءات الطعن، فيمكن للطاعن ان يعيد رفع الطعن من جديد بعد التصحيح مادام ميعاد الطعن لم ينقض بعد.

وتبعا لذلك يتميز الدفع الموضوعي عن الدفع بعدم القبول ، كما يتميز الدفع بعدم القبول عن الدفع الشكلي .

هذا فيما يتعلق بطبيعة الدفع بعدم القبول ، والآن انتقل إلى مناقشة احكام الدفع بعدم القبول فيما يلي:

الفرع الثاني
أحكام الدفع بعدم القبول

الدفع بعدم القبول باعتباره الوسيلة الفنية التي يستعملها المدعى عليه ، لكي يحصل على الحكم به ، مما يؤدي أن تصرف المحكمة نظرها عن فحص موضوع النزاع أو الدفع أو الطعن المقدم من الخصم ، وبالتالي فهو يتميز عن الدفع الإجرائي الذي يعد الوسيلة التي يطعن بها الخصم في صحة اجراءات الخصومة ، في حين الدفع الموضوعي فهو الوسيلة التي ينكر بها الخصم الحق أو المركز القانوني الذي يطالب به الخصم او ينكر الواقعة المنشئة للحق المدعى به.

ومن ثمة فإن المدعى عليه عندما يريد أن يتمسك بعدم سماع الدعوى من طرف المحكمة ، فهو يستعمل وسيلة محددة – تختلف تماما عن الدفع الشكلي والدفع الموضوعي – تسمى بالدفع بعدم القبول وبذلك فهو يختلف عنهما ، وأن لكل واحد منها له وظيفة خاصة به يلعبها في الخصومة, وقد أثارت أحكام الدفع بعدم القبول خلافا في الفقه والقضاء.

وتبعا لذلك يثور التساؤل حول الزمن الذي يمكن التمسك فيه بالدفع بعدم القبول ؟ وهل التكلم في الموضوع يؤدي الى سقوط حق الخصم في التمسك به ؟ وهل تستنفد المحكمة ولايتها بالحكم به من حيث الموضوع؟ وهل يجوز الحكم في الدفع بعدم القبول مستقلا عن الموضوع ؟ ، وإذا رفع الاستئناف في الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول فهل يطرح فقط المسألة التي فصلت فيها المحكمة المتعلقة بالدفع بعدم القبول ، دون أن يمتد إلى موضوع النزاع ؟.

تلك هي المسائل التي يثيرها الدفع بعدم القبول ، وان الخلاف ما يزال مشتدا حوله ، وسأحاول ان اتطرق إلى كل ذلك فيما يلي:

1 - متى يجوز التمسك بالدفع بعدم القبول:

طبقا لما استقر عليه الرأي حول أحكام الدفع الموضوعي من أنه يحق للخصم أن يتمسك به في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام جهة الاستئناف باعتباره يشكل وسيلة دفاع.

في حين ان المشرع قد تدخل بالنسبة للدفوع الشكلية وحسم أمرها – كما رأينا فيما سبق – فاوجب على صاحب المصلحة أن يتمسك بها – مالم تكن متعلقة بالنظام العام – قبل التكلم في الموضوع ، وإلا سقط الحق فيها.

غير أننا نجد المشرع .في ظل قانون الاجراءات المدنية .قد سكت عن النظام القانوني للدفع بعدم القبول ، ولم يفصح عن ذلك ، و يبقى السؤال مطروحا حول ما إذا تكلم صاحب المصلحة في الموضوع ، فهل يؤدي ذلك إلى سقوط حقه فيه ؟ ، وكيف يمكن تفسير سكوت المشرع الجزائري – على خلاف غيره[1] .حول حكم الدفع بعدم القبول في هذه الحالة ؟

ومن نافلة القول أن نشير في هذا الصدد إلى ماكان عليه موقف القضاء والفقه الفرنسي ، حيث كان يري جواز قبول الدفع بعدم القبول في أية حالة تكون عليها الدعوى [2].

في حين ان المشرع الجزائري قد اتحذ موقفا سلبيا من المسألة .في القانون القديم . وسكت عنها ، كما اشرنا إلى ذلك.

---

1 - انظر المادة 115 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري .حيث جاء فيها مايلي: " الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز ابداؤه في أية حالة تكون عليها "

.الماده 24 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي ، حيث جاء فيها ما يلي :ءعلى ان الدفع بعدم القبول يجوز ابداؤه في اي حالة يكون عليها النزاع ء

2 - نبيل اسماعيل عمر . الدفع . المرجع السابق ، ص 237.

ويتولد الدفع بعدم القبول – كما ذكرنا سابقا – عن تخلف أحد شروط الحماية القضائية ، كتخلف شرط المصلحة في الدعوى ، أو أن المصلحة غير قانونية او تخلف شرط الصفة في الدعوى او الطعن بعد انقضاء الميعاد ،فإذا تحققت أحدى هذه الحالات تولد عنها دفع بعدم القبول ؟.

و الدفع بعدم القبول .كما اشرنا اليه فيما سبق .قد يتعلق بالنظام العام و قد لا يتعلق به .

وتبعا لذلك يمكن تقسيم الدفوع بعدم القبول إلى دفوع تتعلق بالنظام العام وأخرى لا تتعلق به.

وترتيبا على ذلك ، فإن الدفوع بعدم القبول المتعلقة بالنظام العام ، يمكن التمسك بها في أية مرحلة كانت الدعوى ، ولو لأول مرة أمام جهة الاستئناف. لكن السؤال يبقى مطروحا حول مدى جواز التمسك بالدفوع بعدم القبول غير المتعلقة بالنظام العام ؟.

فهل يمكن التمسك بها في أية حالة تكون عليها الدعوى ؟ .

ولو لأول مرة أمام جهة الاستئناف ؟ .

كما إذا تمسك الخصم لأول مرة أمام جهة الاستئناف ، بعدم قبول الدعوى لانعدام المصلحة اولسبق الفصل فيها ؟ .

أي هل يعتد بالدفع بعدم القبول غير المتعلق بالنظام العام . ولو لأول مرة أمام جهة الاستئناف ؟ .

وأمام سكوت المشرع الجزائري . و كنت ارى في الطبعة الاولى من هذا الكتاب . حول حكم هذه المسألة ، فيبقى الباب مفتوحا للرأي ، لكن يجب ان يكون هذا الرأي مبنيا على قواعد المنطق ولا يصطدم مع المبادئ العامة للقانون.

وانطلاقا من الاصول العامة التي تقضي أن الحق أبدي فلا يسقط ولا يزول ، مالم يقض القانون على خلاف ذلك . أو يتنازل عليه صاحبه صراحة أو ضمنيا ، ولا يصح افتراض سقوطه.

كذلك تقضي القواعد العامة ان الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة والحرية . وليس الحظر وتبعا لذلك لا يمكن أن نحظر على الشخص أن يستعمل حقه ، او ان نلزمه ان يستعمله خلال مده معينة و الا سقط حقه ، ما لم يقض القانون خلاف ذلك .

و من حق الشخص ان يستعمل حقه و ان يكون هذا الاستعمال خاضعا لمحض ارادته ، فهو الذي يختار المناسبة التي يستعمل فيها حقه ومتى يستعمله.

إذن نصل من كل ذلك ، إلى القول انه يحق لصاب المصلحة أن يستعمل حقه في الدفوع أيا كان نوعها وفي أي وقت يشاء ويريد ، مالم ينص القانون على خلاف ذلك.

وقد نص المشرع على سقوط حق الخصم في الدفوع الشكلية إذا لم يتمسك بها قبل التطرق إلى الموضوع ، وهذا يعد استثناء عن الأصل العام الذي يقضي أن الحق لايسقط سواء كان حقا موضوعيا أو حقا اجرائيا.

و من ثمة يمكن لصاحب الحق أن يستعمل حقه في الدفوع بعدم القبول - مادام لم ينص القانون علي سقوط هذا الحق ولم يتنازل صاحبه عليه بمحض ارادته — في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ، حتى ولو لأول مرة أمام جهة الاستئناف.

و هذا ما يقضي به الأصل العام أن الحق لا يسقط ولاينقضي ، مالم ينص المشرع صراحة على ذلك.

وعندما نص المشرع في المادة 308 وما يليها من القانون المدني على سقوط الحق ، لعدم استعماله أو المطالبة به خلال مدة معينة ، او عندما نص في المادة 220 من قانون الإجراءات المدنية تقابلها المادة 223 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على سقوط الخصومة ، اذا مرت عليها سنتان دون تحريكها او عندما نص في المادة 1/462 من القانون القديم تقابلها المادة 50 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على سقوط الحق في الدفوع الشكلية ، إذا ما تمسك بها بعد الكلام في الموضوع.

فتكرس هذ الأمثلة وغيرها الاستثناء على الأصل العام الذي سبقت الاشارة إليه ، ولذلك لا يمكن الخروج عن هذا الاصل . إلا بناء على نص خاص في القانون .

ومادام لا يوجد هذا النص يقضي بسقوط الحق في الدفع بعدم القبول خلال مناسبة أو وقت معين فلا يمكن لاحد يأتي براي يقول فيه بسقوط الحق في الدفع بعدم القبول في أية مرحلة من مراحل الدعوى.

وتبعا لذلك ، فإن الحق في الدفع بعدم القبول لايسقط في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ، بل يحق لصاحب المصلحة أن يتمسك به لأول مرة أمام جهة الاستئناف وهو المبدأ الذي اقرته المحكمة العليا[1].

غير أنه قد يعترض البعض على هذا الرأي على أساس أن المشرع قد نص في المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية على وجوب التمسك بالدفع بعدم القبول المتعلق بالنظام العام ، في أية حالة تكون عليها الدعوى ، ويستفاد من ذلك وبالدلالة العكسية أن الدفع بعدم القبول غير متعلق بالنظام العام ، لا يجوز التمسك به في كل مراحل الخصومة.

إن الرد على هذا التساؤل هو أنه يجب التمييز بين حق المحكمة في اثارة الدفع بعدم القبول تلقائيا ، و لا يكون ذلك الا اذا تعلق بالنظام العام .

ويبن حق الخصم صاحب المصلحة في التمسك بالدفع بعدم القبول في أية مرحلة تكون عليها الدعوى فلا يجوز للمحكمة أن تثير الدفع بعدم القبول غير المتعلق بالنظام العام تلقائيا ، مالم يتمسك به صاحب المصلحة ، أما إذا تمسك به – وفي أية مرحلة كانت عليها الخصومة – فيلزم المحكمة بقبول هذا الدفع و الرد عليه ، لأن حق الخصم

---

1 - انظر القرار الصادر بتاريخ 2000/12/26 رقم 238442 عن المحكمة العليا ، منشور بالمجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا عدد 2 لسنة 2001 ، ص 148 إذا جاء فيه مايلي: " حيث ان الطاعنة تنعي على القرار المطعون فيه استنادا إلى أنها دفعت أمام المجلس بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها ، إلا أن قضاة اموضوع ، قد اعتبروا الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها طلبا جديدا غير مقبول ، مما يعد ذلك خطا في تطبيق القانون ، يعرض القرار المطعون فيه للنقض.

وحيث أن ما تعيبه الطاعنة على القرار المطعون فيه في محله . ذلك أن اعتماد قضاة الموضوع على التصريح بعدم القبول لسبق الفصل في الدعوى استنادا إلى أن التمسك به لأول مرة أمام المجلس غير مقبول.

وحيث أن ما ذهب إليه قضاة الموضوع خاطئ . ذلك أن الدفع بعدم القبول يمكن التمسك به في أية مرحلة كانت عليه الدعوى ولو لأول مرة أمام جهة الاستئناف ، حتى ولو كان هذا الدفع غير متعلق بالنظام العام ، ذلك أن الحق في الدفع بعدم القبول لا يسقط ولو سبق لصاحب المصلحة أن خاض الكلام في الموضوع.."

يبقى قائما طوال مراحل الخصومة ، بل يمكن الاعتداء والتمسك به لأول مرة أمام جهة الاستئناف.

و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المجموعة الجديدة للاجراءات ، حيث نص في الماده 68 على ما يلي : " يمكن للخصوم تقديم الدفع بعدم القبول في ايه مرحلة كانت عليها الدعوى ، ولو بعد تقديم الدفوع في الموضوع ".

هذا فيما يتعلق بالوقت الذي يمكن أن يتمسك فيه بهذا الدفع ، فيمكن التمسك فيه في كل الاوقات امام محكمة الدرجة الاولى وأمام جهة الاستئناف ، وأنتقل الآن إلى مسألة مدى استنفاذ المحكمة لولايتها بالحكم في الدفع بعدم القبول من حيث الموضوع فيما يلي:

2 - مدى استنفاذ المحكمة لولايتها من حيث الموضوع بالحكم في الدفع بعدم القبول:

فإذا اصدرت المحكمة حكما يقضي بعدم القبول ، فهل يحق للخصم ان يعيد رفع الدعوى من جديد ؟ أي هل الحكم الصادر بعدم القبول تستنفذ به المحكمة ولايتها من حيث الموضوع ؟

ويجب في هذا الصدد ان نميز بين الحجية واستنفاذ الولاية ، فالحجية لا تقوم إلا إذا صدر حكم بين نفس الخصوم ونفس الصفة و بناء على نفس المحل والسبب ، فإذا عاود أحد الخصمين الذي صدر الحكم بينهما ورفع الدعوى من جديد ، امكن لصاحب المصلحة أن يتمسك بدفع بعدم القبول لسبق الفصل في الدعوى ، نتيجة لقيام الحجية . اي ان هذه الأخيرة تمنع تجديد رفع دعوى في المستقبل.

أما إذا قضت المحكمة في مسألة فرعية دون الفصل في موضوع النزاع ، فإن ذلك يؤدي إلى استنفاذ لولاية بالنسبة للمسألة الفرعية التي فصلت فيها ، و اخراج الدعوى عن سلطتها ، كالحكم بعدم الاختصاص ، ولكن هذا الحكم لا يحوز الحجية لأنه لم يفصل في موضوع النزاع ، و بالتالي يحق للخصم ان يعيد رفع الدعوى امام الجهه القضائية المختصة لتفصل في الموضوع .

والمحكمة ايضا تستنفذ ولايتها ، إذا فصلت في مسألة فرعية ، وما يميز أحدهما عن الآخرى ، فيعمل الدفع باستنفاذ الولاية داخل الخصومة القضائية ، وذلك عندما تفصل المحكمة في المسائل الفرعية مثل التصريح برفض الدفع الشكلي او التصريح بقبوله ، فتستنفذ ولايتها بالنسبة لهذه المسائل التي فصلت فيها ، ولا يجوز طرحها عليها مره اخرى.

في حين عندما تفصل المحكمة في الدعوى من حيث الموضوع ، اي بين نفس الخصوم وبناء على نفس المحل والسبب ، يؤدي ذلك إلى استنفاد المحكمة ولايتها بالنسبة لموضوع النزاع. وفي هذه الحالة تقوم الحجية ، و بالتالي فان الاخيرة لا يعمل بها الا خارج الخصومة أي بعد انقضائها وصدور الحكم في موضوعها[1].

ومن ثمة يمكن الرجوع إلى نفس المحكمة إذا استنفذت ولايتها ، لأنه يمكن أن تعود إليها هذه الولاية لكنه لا يمكن الرجوع إلى المحكمة إذا قامت الحجية ،لأن هذه الأخيرة تمنع عودة الخصم إلى المحكمة لتفصل في نفس النزاع الذي سبق لها أن فصلت فيه .

وهذا ما يجرنا إلى السؤال التالي: هل تستنفذ المحكمة ولايتها بصدور الحكم عنها في الدفع بعدم القبول ؟ ، وهل يحوز هذا الحكم حجية الشيئ المقضي به يمنع عودة الخصوم في المستقبل إلى المحكمة التي فصلت في نفس النزاع ؟ .

إن الاجابة عن هذا السؤال تختلف باختلاف طبيعة الدفع بعدم القبول ، وهو أن الحكم بعدم القبول يعد من الأحكام الفرعية الصادرة قبل الفصل في الموضوع ومع ذلك فان بعض الدفوع بعدم القبول تتفق مع الدفع الموضوعي ، قد تنهي النزاع من حيث الموضوع كالدفع بعدم القبول الدعوى لكون الحق المطالب به قد سقط بالتقادم . هذا الحكم يحوز حجية الشيئ المقضي به ، يمنع العودة من جديد إلى نفس المحكمة ، وقد لا يحوز على الحجية ، وإن كانت تستنفذ به المحكمة ولايتها[2]. وقد تعود الولاية اي السلطة إلى المحكمة التي فصلت في الدفع بعدم القبول في الأحوال التالية:

1 - فتحي والي ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص 135.

2 - ويقصد باستنفاذ الولاية هو خروج المسألة الفرعية التي فصلت فيها المحكمة أو خروج الدعوى عن سلطتها أي أن المحكمة لم يبق لها ولاية القضاء في الفصل في هذه المسألة أو هذه الدعوى بل استنفذت سلطة الفصل فيها.

الحالة الأولى:

إذا صدر حكم بعدم القبول استنادا الى عدم استيفاء القيد المقرر قانونا . أو رفع الدعوى قبل حلول الأجل ، فيمكن لصاحب المصلحة أن يعود مباشرة إلى نفس المحكمة وذلك بعد استيفاء المقتضى الذي أدى إلى صدور الحكم بعدم القبول. ولا يجوز الدفع بعدم القبول لاستنفاذ ا لولايه ، لأن الدفع باستنفاذ الولاية عادة ما يثار داخل الخصومة القضائية. ولأن الدعوى في هذه الحالة ، تكون قد قامت على وقائع جديدة ، تتمثل في المقتضى الجديد.

الحالة الثانية:

إذا صدر الحكم بعدم القبول استنادا الى كون المصلحة في الدعوى مصلحة غير قانونية أو مصلحة غير شخصية ولا مباشرة . ففي هذه الحالة لايمكن لصاحب المصلحة أن يعيد تجديد الدعوى . كما هو عليه الحال في المثال السابق.

لكنه يجوز العودة إلى نفس المحكمة ، لكن ليس عن طريق تجديد الدعوى امام نفس المحكمة ، ولكن عن طريق محكمة الطعن ، فإذا ألغت جهة الاستئناف الحكم الصادر بعدم القبول ، فيجوز لها ان تعيد القضية إلى المحكمة لتعيد الفصل في موضوع النزاع ، احتراما لمبدأ التقاضي على درجتين ، وهي المسألة التي أتطرق إليها والمتعلقة بالأثر الناقل للاستئناف في الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول فيما يلي:

3 - الأثر الناقل للطعن بالاستئناف في الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول:

قد ترفع الدعوى إلى المحكمة فيتمسك المدعى عليه بعدم القبول فإذا قبلت المحكمة هذا الدفع وبالتالي فصلت بعدم قبول الدعوى ومن ثمة تمتنع عن نظر الموضوع واصدار الحكم فيه ، ويقبل هذا الحكم الطعن فيه بالاستئناف ، باعتبار منهيا للخصومة القضائية.

والسؤال الذي يفرض نفسه ، فما هو نطاق ومضمون الاستئناف في الحكم الصادر بعدم القبول ، هذا ما يجرنا الى طرح التساؤل التالي :ماذا يقصد بالأثر الناقل للاستئناف ؟

يقصد بالأثر الناقل للاستئناف نقل النزاع الذي طرح أمام محكمة الدرجة الاولى ،و ما فصلت فيه ورفع عنه الاستئناف.

ويخضع الأثر الناقل للاستئناف إلى قاعدتين:

القاعدة الأولى:

تقضي أن الاستئناف لاينقل إلى جهة الاستئناف إلا فيما فصلت فيه محكمة الدرجة الأولى.

القاعدة الثانية:

تقضي بأن الاستئناف لاينقل إلى جهة الاستئناف ، إلا ما رفع عنه الاستئناف عما صدر من محكمة الدرجة الأولى من قضاء[1].

وتبعا لذلك تكون جهة الاستئناف غير مختصة في نظر الطلبات الجديدة التي لم تفصل فيها محكمة الدرجة الأولى ، لأن في ذلك مخالفة لمبدأ التقاضي على درجتين ، ولمفهوم الأثر الناقل للاستئناف . بحيث لاتختص جهه الاستئناف إلا فيما فصلت فيه محكمة الدرجة الأولى ورفع عنه الاستئناف.

لان جهة الاستئناف لا تستطيع أن تفصل في قضاء محكمة الدرجة الأولى إذا لم يرفع عنه الاستئناف.تطبيقا للقاعدة القانونية التي تقرر أن القاضي لا يحكم إلا بناء على ما قدم إليه من طلب ، فلا يستطيع أن يحكم في مسألة معينة مالم ترفع إليه عن طريق الطلب.

1 - نبيل اسماعيل عمر ، الدفع ، المرجع السابق ، ص 314 .30.
.علي عوض حسن ، الدفع بعدم القبول ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، سنة 1996 ، ص 21.

وترتيبا على كل ذلك يبقى السؤال مطروحا حول نطاق الأثر الناقل للاستئناف بالنسبة للأحكام الصادرة في الدفع بعدم القبول ؟

وقد اختلف كل من الفقه والقضاء حول الاجابة عن هذا السؤال .

وكان في بادئ الأمر. كما سبقت الاشارة الى ذلك . يقسم الدفوع بعدم القبول . إلى دفوع متعلقة بالاجراءات فتخضع لأحكام الدفوع الاجرائية ، ودفوع بعدم القبول تتعلق بالموضوع فتخضع إلى أحكام الدفوع الموضوعية.

ويتجه القضاء في مصر إلى اعتبار الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول حكما تستنفذ به المحكمة ولايتها من حيث الموضوع ، وبالتالي يطرح الاستئناف المرفوع في الحكم الصادر بعدم القبول كل ما حوته القضية من الطلبات والدفوع وأوجه الدفاع على جهة الاستئناف ، ومن ثمة وفي حالة الغاء الحكم الصادر بعدم القبول من جهة الاستئناف ، فيجب عليها أن تفصل في القضية ولا يجوز لها أن تعيدها إلى محكمة الدرجة الأولى لأنها قد استنفذت ولايتها بالحكم في القضية بعدم القبول[1] .

غير أن الفقه الحديث صاحب الكلمة المسموعة ، يؤكد على أن الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر بعدم القبول ، ليس له أثر ناقل فيما يتعلق بالموضوع فلم يتم الفصل فيه من بعيد أو قريب[2] .

إذن نصل من خلال ما تقدم إلى رأيين أحدهما يذهب إلى القول أن الحكم الصادر بعدم القبول تستنفذ به المحكمة ولايتها من حيث الموضوع . والآخر يذهب إلى القول أن الحكم بعدم القبول لاتستنفذ به المحكمة ولايتها من حيث الموضوع ، فإذا ألغت هذا الحكم وجب عليها أن تعيد القضية الى محكمة أول درجة احتراما لمبدأ التقاضي على درجتين وكذا إلى مبدأ الأثر الناقل للاستئناف.

وترتيبا على ذلك ، فلا تستنفذ المحكمة ولايتها بالحكم في الدعوى بعدم قبولها. وما يبرهن على ذلك ، أنه في حالة ما إذا رفع المدعي الدعوى ، وتمسك فيها بادعاء يتضمن الزام المدعى عليه بأداء الدين الذي بذمته ، فتمسك المدعى عليه بعدم قبول الدعوى

لسقوط الالتزام بالتقادم ، فالقاضي – في هذه الحالة – لايتطرق بالبحث عما إذا كان هذا الدين المطالب به موجودا أو غير موجود ، أو ثابتا أو غير ثابت ، بل يقتصر فقط على البحث عما إذا انقضت المدة المقررة لسقوط هذا الدين . دون أن يتطرق إلى بحث مصدر هذا الدين ومقداره و وجوده.....

فإذا وجد أن هذا الدفع مؤسس قضى بعدم قبول الدعوى ، فإذا وقع استئناف في هذا الحكم ، وانتهى إلى الغاء الحكم المعاد ، ففي هذه الحالة يطرح السؤال التالي: هل يجوز لجهة الاستئناف أن تفصل في موضوع النزاع ؟ لأن محكمة الدرجة الأولى لم تفصل فيه.

ولنفرض أن المستأنف عليه تنازل عن حقه في التمسك بالدفع المتعلق بالتقادم المسقط ، وهذا التنازل جائز باعتباره حقا خالصا للمدين له أن يتمسك به أو يتنازل عنه ، وبالتالي نجد المدين . لأول مرة أمام جهة الاستئناف . ينكر الدين أوينكر مقداره ، وبذلك ستجد جهة الاستئناف نفسها أمام طلب جديد ، يتعلق بالموضوع الذي لم تتطرق إليه المحكمة الاولى ، وذلك عندما اقتصرت على مناقشة الدفع بعدم القبول ، فإذا فصلت جهة الاستئناف في هذا الطلب فستكون قد فصلت في طلب جديد لم تفصل فيه محكمة الدرجة الاولى مما يعد ذلك مخالفة لمبدأ التقاضي على درجتين ، و لمبدأ الأثر الناقل للاستئناف.

غير أن المشرع رخص لجهة الاستئناف – في حالة ما إذا ألغت الحكم المستأنف فيه الصادر قبل الفصل في الموضوع – أن تستعمل حقها في التصدي ،اذا رات ان ذلك يحقق حسن سير العدالة ، وإلا وجب عليها أن تعيد القضية إلى محكمة الدرجة الأولى.

ومن ثمة ، فإن الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول . ليس له أثر ناقل لموضوع النزاع ، فإذا ألغت جهة الاستئناف .إن لم تستعمل حقها في التصدي – أن تعيد القضية إلى محكمة الدرجة الأولى ، لأن هذه الأخيرة لم تستنفذ ولايتها بالنسبة لموضوع النزاع .

اذن الفصل في الدفع بعدم القبول لا تستنفذ المحكمة ولايتها من حيث الموضوع ، وهذا ما انتهي إليه المشرع على التأكيد عليه في المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها ما يلي: " الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي الى التصريح

بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي ....و ذلك دون النظر في موضوع النزاع ".أي أن الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول لا يفصل في موضوع النزاع.

4 - مدى جواز الحكم في الدفع بعدم القبول على استقلال:

الدفع بعدم القبول يحتل حلقة وسطى ، بين الدفوع الشكلية و الدفوع الموضوعية ، وتبعا لذلك ، لايجوز للقاضي . اذا ما طرح عليه كل من الدفوع الشكلية و الدفوع بعدم القبول .أن يتطرق إلى الدفوع بعدم القبول ، قبل أن يتطرق إلى الدفوع الاجرائية.

يجب على االقاضي أن يتطرق إلى الدفوع الشكلية قبل ان يتطرق الى لدفوع بعدم القبول ،لانه قد تغنيه عن التطرق الى الدفوع بعدم القبول وكذا يجب عليه أن يتطرق إلى الدفوع بعدم القبول قبل التطرق إلى الدفوع الموضوعية ، لكن السؤال يبقى مطروحا مدى جواز الفصل في الدفع بعدم القبول مستقلا عن الموضوع ؟

والاجابة عن هذا السؤال هي: أنه يجوز الفصل في الدفع بعدم القبول مستقلا الموضوع ،أو أن يضمه إلى الموضوع ،فاذا ضمه الى الموضوع ، فيجب على القاضي أن يبين على حدة فيما فصل فيه في كل من الدفع بعدم القبول ، وما فصل فيه من حيث الموضوع.

وإذا فصل في الدفع بعدم القبول وانتهى إلى التصريح بعدم القبول في هذه الحالة ، فان الفصل في هذا الدفع يغني عن التطرق الى الموضوع كما سبقت الاشارة الى ذلك .

وبعد ان تطرقت إلى كل من الدفوع الشكلية ، والدفوع بعدم القبول ، آن الآن أن اتطرق الى الدفوع الموضوعية وذلك على الوجه التالي:

المطلب الثالث
الدفوع الموضوعية

تعد الدفوع الموضوعية الأداة الفنية التي منحها المشرع إلى المدعى عليه ، لأجل دفع الطلب الموضوعي الذي أثاره المدعي بواسطة الطلب القضائي.

والدفوع الموضوعية غير خاضعة لأي تنظيم ، ولم ترد على سبيل الحصر ولم ينص القانون على ترتيب معين بشأنها ، ويمكن التمسك بها في أية حالة تكون عليها الدعوى ، بل يمكن التمسك بها لأول مرة أمام جهة الاستئناف وهي ترتبط بأصل الحق وجودا وعدما.

والدفع الموضوعي يقابله الطلب الموضوعي ، وبذلك يشكل كل من الطلب الموضوعي والدفع الموضوعي مضهرين أحدهما ايجابي يتجسد في الطلب الموضوعي والآخر سلبي يتجسد في الدفع الموضوعي ، ويقوم أحدهما على مناقضة الآخر [1].

ويستمد الدفع الموضوعي عناصره من القوانين الموضوعية ، مثل القانون المدني والتجاري وقانون الأسرة وغيرها من القوانين الموضوعية الأخرى [2].

ويطلق الاصطلاح على كل ما يعترض به المدعى عليه على الحق المطالب به حمايته بأوجه الدفاع.

والفقه يقسم أوجه الدفاع أو وسائل الدفاع إلى الدفاع الموضوعي والدفع الموضوعي [3].

ويقصد بالدفاع الموضوعي كل ما يتمسك به المدعى عليه بقصد انكار الواقعة المنشئة للحق المطالب به أو للآثار المتولدة عنها. ويؤكد الفقه أن مجرد انكار الواقعة

1 - أحمد هندي ، المحاكمات المدنية ، ص 213.
2 - نبيل اسماعيل عمر ، أصول المحاكمات ، المرجع السابق ، ص 317.
3 - انظر المادة 2/93 من قانون الاجراءات المدنية ، فهي تشير إلى هذا التقسيم يقولها ، قبل أي دفع أو دفاع ، ومن ثمة فإن المشرع يقسم وسائل الدفاع الموضوعية إلى وسيلة دفع ووسيلة دفاع.

المولدة للحق المطالب به لايعد دفعا بالمعنى الفني لأنه لايعدو أن يكون انكار المدعى عليه للواقعة سوى مجرد تنبيه القاضي إلى تطبيق القاعدة القانونية[1].

ولذلك ، فهو يرى أن الدفع الموضوعي بالمعنى الفني ، يجب قصره فقط على الوسيلة التي يتمسك بها المدعى عليه لأجل تأكيد واقعة مانعة أو منهية ترمي إلى رفض الدعوى ، ولايحكم القاضي استنادا إلى هذه الوسيلة إلا إدا تمسك بها المدعى عليه.

كالدفع بالمقاصة القانونية ، فإذا حكم برفض الدعوى استنادا إلى هذا الدفع أو ذاك ، جاء هذا الرفض نتيجة لاستعمال المدعى عليه لحق محدد تمسك به وقام باثباته ، وتبعا لذلك ، فالقاضي لايستطيع أن يقضي به تلقائيا مالم يتمسك به المدعى عليه.

ولذلك ، فإن الحق في الدفع يقابله الحق في الدعوى إذ ليس للقاضي أن يقضي بغيرما يقدم له الطلب القضائي ، وكذا ليس له أن يقضي بمقتضى هذا الدفع ، مالم يتمسك به المدعى عليه.

وترتيبا على كل ذلك ، فإن أوجه الدفاع تنقسم إلى الدفاع الموضوعي والدفع الموضوعي.

والدفع الموضوعي – كما بينا – لايستطيع القاضي أن يثيره تلقائيا – مالم يكن متعلقا بالنظام العام – بل يجب على الخصم صاحب المصلحة أن يتمسك به.

لكنه فما هو الحل بالنسبة لاوجه الدفاع الاخر التي لاتعد دفعا موضوعيا بالمعنى الفني ، فهل يجوز للقاضي أن يثيرها تلقائيا ؟

وأوجه الدفاع الموضوعية منها ما يتعلق بالنظام العام ومنها مالايتعلق به ، فما هو الحل بالنسبة لأوجه الدفاع الموضوعية غير المتعلقة بالنظام العام ، فهل يحق للمحكمة أن تثيرها تلقائيا ؟

فقد ذهب رأي في الفقه إلى جواز اثارة الدفاع الموضوعي تلقائيا ، لأن قواعد العدالة تفرض على القاضي أن يتعرض للنزاع بأكمله[2].

1 - فتحي والي ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص 480.

2 - أحمد هندي ، المحاكمات ، المرجع السابق ، ص 210.

غير أن هذا الري محل نظر ، ذلك أنه وفي الحقيقة فإن الأصل في الدفوع الموضوعية بمعناه الواسع أنها لاتتعلق بالنظام العام ، لأنها تتعلق بالمصالح الخاصة. ومن ثمة يجب على صاحب المصلحة أن يتمسك بها ولا يجوز للمحكمة أن تثيرها تلقائيا ما لم تكن متعلقة بالنظام العام.

وتبعا لذلك ، فإذا رفع المدعي دعوى يطالب فيها إلزام المدعى عليه بأدائه له مبلغ مائة ألف دينار المبلغ الذي أقرضه له ، فإذا حضر المدعى عليه وأنكر وجود هذا العقد ، فيكون بذلك قد تمسك بالدفع بمعناه الواسع ، وعلى المدعي أن يثبت ما يدعيه بالدليل الكتابي وإلا حكم برفض الدعوى.

لكن فما هو الحل إذا لم يحضر المدعى عليه أمام المحكمة كي يتمسك بأوجه الدفاع ؟

فهل يجب على القاضي أن يثير ذلك تلقائيا ، على أساس أن التصرف القانوني الذي تزيد قيمته على مائة ألف دينار أو كان غير محدد القيمة ، فلا يجوز اثبات وجوده أو انقضائه بالبينة طبقا لما تنص عليه المادة 333 من القانون المدني.

فهل يجب على القاضي أن يثير حكم هذه المادة تلقائيا ، فإذا لم يقدم المدعي الدليل الكتابي حكم برفض دعواه ، وغني عن البيان فإن نص المادة 333 من القانون المدني لاتتعلق بالنظام العام لأنها تهدف إلى حماية مصلحة المدين.

وفي تقديرنا أن القاضي لايستطيع أن يثير الدفع الموضوعي بالمعنى الفني أو الدفاع الموضوعي تلقائيا مالم يكن متعلقا بالنظام العام ، على اعتبار أن الحق في الدفع يقابله الحق في الدعوى ، فليس للقاضي بغير ما يقدم له الطلب ، وكذا ليس له أن يقضي بغير ما يتمسك المدعى عليه بالدفع أو الدفاع ، وبالتالي فإذا لم يحضر المدعى عليه ، فإن القاضي يحكم بالزامه بأدائه المبلغ المذكور. ولا يجوز له أن يرفض الدعوى لأنه يكون بذلك قد آثار الدفاع الموضوعي بغير ما يتمسك به الخصم مما لا يجوز.

والتمييز بين الدفوع الموضوعية بالمعنى الفني وغيرها من وسائل الدفاع تترتب عنها مجموعة من النتائج القانونية ، منها أن الدفع يقبل التنازل في حين لاتقبل وسائل الدفاع الآخرى التنازل.

الدفع يقبل التقادم شأنه شأن أية دعوى قضائية ، أما الدفاع الموضوعي لايقبل التقادم طبقا للقاعدة التي تقضي بأن الدفوع لاتتقادم ، فهذه القاعدة لاتسري على الدفوع الموضوعية بالمعنى الفني ، بل تطبق فقط على أوجه الدفاع الآخرى [1].

يحق للمدعى عليه أن يتمسك بالدفوع الموضوعية مرة واحدة أو مجزأة ، وأن اغفال التمسك بدفع من الدفوع الموضوعية خلال مرحلة سير الدعوى ، لايعني افتراض التنازل عنه وإن كان يحق لصاحب المصلحة أن يتنازل عن الدفع الموضوعي ، لكن يجب أن يكون هذا التنازل صريحا.

والفصل في الدفع الموضوعي ، هو الفصل في الموضوع ومن ثمة تترتب عليه كل الآثار القانونية المترتبة عن الفصل في الموضوع ، منها اكتساب الحكم حجية الشيئ المقضي به ، والطعن في الحكم الصادر في الدفع الموضوعي يعد طعنا ناقلا للنزاع الموضوعي إلى محكمة جهة الاستئناف في الحدود التي فصل فيها ، والتي وقع عنه الاستئناف والدفوع على اختلاف أنواعها تعد من الحقوق الاجرائية ويثبت الحق فيها للخصم الذي يكون في مركز المدعى عليه.

وترتيبا على كل ذلك ، يتبين الفارق بين الدفاع الموضوعي والدفع الموضوعي ، ذلك أن مجرد انكار الواقعة المنشئة أو المنهية لايمكن أن يتولد عنها دفع موضوعي بالمعنى الفني.

في حين عندما يكون القاضي بصدد الدفع الموضوعي فإنه لايستطيع أن يحكم بمقتضاه إلا إذا تمسك المدعى عليه بالواقعة المولدة له ، كدفعه بالمقاصة القانونية ، فالقاضي لايستطيع أن يقضي بها مالم يتمسك به المدعى عليه ويقع عليه عبء اثبات ذلك.

بينما في الدفاع الموضوعي فإنه لايطلب من المدعى عليه أن يقوم باثبات ما يتمسك به ، بل مجرد أن ينكر الواقعة المنشئة للحق المطالب به كانكاره للحق المطالب به من قبل المدعي فإن القاضي يجري آثار تلك الواقعة. وإلى جانب مايتمتع به المدعى عليه من

الحق في الدفاع بواسطة الدفوع فهو يتمتع بالحق في الدعوى ، سواء رفعها بطلب أصلي أو طلب عارض.

والمدعى عليه على خيار أن يرفع على خصمه دعوى أصلية بذات الحق الموضوعي الذي رفع به المدعي الدعوى الأصلية ، ويستطيع أن يستعمل حقه في المطالبة العارضة وتسمى حينئذ بالطلبات المقابلة.

وقد يحدث أن يقع الخلط من حيث التكييف القانوني فيما يعد دفعا موضوعيا ، أو ما يعد طلب مقابلا والفيصل بين الدفع والطلب المقابل هو أن الدفع يقتصر على مجرد انكار الواقعة المنشئة للحق المطالب به أو انكار آثارها دون أن يطلب المدعى عليه شيئا جديدا بل هو يتخذ موقفا سلبيا.

أما الطلب المقابل الذي يتخذه المدعى عليه ليس مجرد وسيلة دفاع محضة بل يتخذه وسيلة هجوم فهو يرمي من خلاله إلى تحقيق فائدة معينة أو إلى تحسين مركزه القانوني ، وهو يؤدي إلى توسيع نطاق الخصومة في حين الدفع لايؤدي إلى ذلك.

وبعد أن انتهينا من دراسة سيلة استعمال الحق في الدعوى ، ونقصد به الطلب القضائي ، أنتقل إلى الفصل الثاني الذي أتطرق فيه إلى دراسة آثار الطلب القضائي وذلك على الوجه التالي:

الفصل الثاني
الآثار المترتبة عن استعمال الحق في الدعوى

تقديم وتقسيم:

يكون النشاط القضائي في حالة السكون وعدم الحركة ، وهو يشبه السيارة عند توقفها فلا تدب فيها الحياة والحركة إلا إذا تم اشعال النار في بنزين المحرك ، حيث تدب فيها الحياة كذلك الحال بالنسبة للنشاط القضائي ، فلا تدب فيه الحياة والحركة إلا إذا تم تحريكه بواسطة الطلب القضائي ، وبمجرد تحريك هذا النشاط تتولد عنه مجموعة من الآثار القانونية ، منها انشاء مركز اجرائي جديد يختلف عن المركز القانوني الموضوعي

وغيره من الآثار القانونية الأخرى، ونقصد بالمركز الاجرائي الخصومة القضائية، ويتحدد نطاقها بواسطة هذا الطلب مالم يتطور وتدخل عليه تفاعلات شتى، ويقع على القاضي التزاما وهو الفصل في هذه الخصومة وإلا عد منكرا للعدالة.

وتتولدكذلك آثار مباشرة تتعلق بالأعمال الاجرائية، وآثارا غير مباشرة تتعلق بالحق الموضوعي، فهي تعمل على حفظه وصيانته إلى غاية الفصل في الدعوى القضائية.

وتخضع الخصومة القضائية إلى مبادئ عامة يجب أن يخضع لها هذا النشاط الذي يتم فيها أي أن يتم طبقا لهذه المبادئ وإلا جاء معيبا.

والخصومة القضائية لايكتمل وجودها إلا بإعلانها إلى الخصم الآخر. ويتعرض النشاط القضائي - إذا جاء مخالفا لنموذجه القانوني - إلى الجزاء وهو عدم الاعتداد بالنتائج القانونية التي كان يمكن أن ينتجها لو جاء موافقا له، وتبعا لذلك سأقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية:

المبحث الأول: في الخصومة القضائية.
المبحث الثاني: في الأعمال المكونة للخصومة.
المبحث الثالث: في إعلان الأوراق القضائية.
المبحث الرابع: في البطلان الاجرائي.

وإلى تفصيل هذه السائل فيما يلي:

المبحث الأول
في الخصومة القضائية

سأتطرق في هذا المبحث إلى تعريف الخصومة القضائية، وتحديد طبيعتها القانونية، والآثار المباشرة وغير المباشرة التي تترتب عن نشأتها وأخيرا إلى المبادئ التي تسودها، وتبعا لذلك، سأقسم هذا المبحث إلى مايلي:

المطلب الأول: تعريف الخصومة.
المطلب الثاني: طبيعة الخصومة.
المطلب الثالث: الآثار المباشرة وغير المباشرة.
المطلب الرابع: المبادئ التي تسود الخصومة.

وإلى تفصيل هذه المسائل فيما يلي:

المطلب الأول
تعريف الخصومة

يقصد بالخصومة القضائية الحالة القانونية التي تنشأ عن رفع الدعوى القضائية، كما يقصد بها مجموعة الأعمال القانونية الرامية إلى تطبيق القانون في حالة معينة بواسطة القضاء[1].

ومن ثمة تتكون الخصومة من مجموعة الأعمال الاجرائية المتتابعة التي يقوم بها الخصم أو القاضي وأعوانه أو الغير.

وتنشأ الخصومة القضائية عن طريق المطالبة القضائية وهي تنشأ كما ينشأ الجنين في بطن أمه، فيتوقف وجوده بميلاده حيا، وتبعا لذلك ينشأ عن هذا الميلاد مجموعة من الآثار القانونية كذلك الحال بالنسبة للخصومة القضائية، فيتوقف وجودهاعلى انعقادها[2]، فإذا لم تنعقد زالت هي وجميع الآثار المترتبة عنها، وهي تبدأ بأول عمل بتقديم الطلب القضائي إلى الجهة القضائية المختصة، ثم تتوالى إجراءاتها الواحد تلو الاخر، إلى أن تصل إلى نهايتها الطبيعية، حيث تتوج بصدور آخر عمل فيها وهو الحكم

---

1 - فتحي والي، الوسيط، المرجع السابق، ص 291.
2 - انظر القرار الصادر بتاريخ 1997/03/12 رقم 507 145 عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا إذا جاء فيه مايلي: "يترتب على عدم انعقاد الخصومة بطلان القرار المطعون فيه، وينزل هذا البطلان إلى مرتبة الانعدام."

في موضوعها[1] ، وقد تنتهي بغير صدور حكم في موضوعها ، وذلك في حالة تعرضها للسقوط.

ومن مظاهر الخصومة ، أنها تتميز بتعدد اشخاصها حيث يشترك في أعمالها أكثر من شخص واحد ، فيشترك فيها القاضي وأعوانه والخصوم وأعوانهم والغير.

غير أنه يبقى القاضي من الأشخاص الرئسيين في الخصومة فهو الذي يضطلع بدور أساسي فيها ، فيقوم بحل المسائل القانونية بنفسه ، ولا يجوز له أن يستعين بغيره فيها ، لكن القاضي قد تعرض عليه بعض المسائل التقنية ، فيلجأ إلى خدمات هؤلاء الفنيين ، فهو يستعين بمجموعة من الأشخاص في عمله.

وينظم القانون كيفية مشاركة هؤلاء الأشخاص في العمل القضائي ، فمثلا يقوم كاتب الضبط بتسجيل الدعوى بناء على طلب المدعي أو من يمثله طبقا لما تنص عليه المادة 12 من قانون الاجراءات المدنية ، ويتم تكليف المدعى عليه بالحضور إلى الجلسة بواسطة المحضر القضائي.

ومن أهم أعوان القضاء المحامون ، فيتولون في أغلب الأحيان اجراءات الخصومة بالنيابة عن الخصوم ، ولا يعد المحامي طرفا في الخصومة ، حتى ولو كانت نيابته وجوبية كما تقضي بذلك المادجة 239 من قانون الاجراءات المدنية.

وتتميز اجراءات الخصومة بتتابعها زمانيا ، فتستغرق اجراءاتها وقتا من الزمن تتم خلالها مجموعة من الاجراءات وهي تمر بمراحل ثلاث يمثل تدرجا منطقيا ، وهي مرحلة افتتاح الخصومة ، وتبدأ بالمطالبة القضائية يليها إعلان الخصم ، وبذلك تنعقد الخصومة ثم مرحلة سير الخصومة ، ويتم خلالها حضور الأطراف أمام القاضي ، وتقديم طلباتهم ودفوعهم وتحقيق الدعوى ، وتتم المرافعة فيها[2].

وتليها المرحلة الختامية وهي أن تتوج بصدور حكم في موضوعها ، وبذلك تنقضي بعد أن حققت غرضها ويتولى قانون الاجراءات تنظيم تسلسل الاجراءات في كل مرحلة من هذه المراحل[1].

تلك هي السمات العامة التي تعرف بها الخصومة . غير أنه وقع خلاف في الفقه حول تحديد طبيعتها وهي المسالة التي أتطرق إليها فيما يلي:

المطلب الثاني
طبيعة الخصومة القضائية

مقدمة

تتكون الخصومة القضائية من مجموعة الأعمال القانونية – كما رأينا – ويعد كل اجراء من اجراءاتها عملا قانونيا مستقلا بذاته . وينظم القانون العناصر التي يتكون منها كل عمل اجرائي على حدة ، وما يترتب عليه من آثار قانونية ويحدد الوسيلة اللازمة لاتخاذ هذا الاجراء.

غير أنه قد يطرح سؤال حول ما إذا كان يجب النظر إلى الخصومة كوحدة رغم تعدد وتنوع أعمالها واختلاف أشخاصها ، أم يجب النظر إلى كل عمل اجرائي مستقل بذاته ؟

وإذا كان الرأي الغالب في الفقه يتجه إلى اعتبار الخصومة وحدة قانونية بالرغم من تكونها من مجموعة من الأعمال المتنوعة . لكنهم اختلفوا حول تحديد الطبيعة القانونية لهذه الوحدة.

وتبعا لذلك ظهرت عدة اتجاهات تبحث في الطبيعة القانونية لهذه الأعمال . حيث ذهب البعض إلى اعتبار الخصومة حالة قانونية ، في حين يرى البعض فيها سوى رابطة قانونية بينما اتجه رأي آخر إلى اعتبارها وحدة قانونية تتكون من عمل قانوني مركب.

---

1 - وجدي راغب . مبادئ الخصومة . المرجع السابق . ص 8.

وتبعا لذلك ، سأتطرق إلى أهم الاتجاهات واختصرها في اتجاهين الأول الذي يصور الخصومة القضائية على أنها رابطة قانونية والثاني يصورها على أنها وحدة واحدة ، تتكون من عمل قانوني مركب . وأتطرق إليهما فيما يلي:

1 - الخصومة رابطة قانونية:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الخصومة ليست إلا رابطة قانونية اجرائية تقوم بين القاضي والخصوم ، أو بين الخصوم أنفسهم[1].

وهي رابطة مركبة لأنها تخول لهم حقوقا وتفرض عليهم واجبات اجرائية متعددة ، وتختلف هذه لرابطة عن كل من الحق في الدعوى والحق الموضوعي محل النزاع[2].

ووحدة الخصومة تنساب من الرابطة القانونية ، فتنشئ المطالبة القضائية حالة معلقة لا يعرف خلالها ماإذا كان المدعي هو صاحب الحق أم لا؟

ولمعرفة صاحب الحق ، يتعين وضع الخصوم في مركز قانوني حيث يسمح لهم بإبداء دفاعهم ، وتبعا لذلك تنشأ لكل واحد منهم حقوق وواجبات ، وهذا ما يجعل الخصومة رابطة قانونية مركبة و مستقلة ، وتعد في ذات الوقت إحدى روابط القانون العام[3].

غير أن هذا الاتجاه ، قد وجهت له عدة انتقادات ومن أهمها ، أنه ينظر للخصومة كأثر للمطالبة القضائية ، مع أن المطالبة القضائية تعد من أعمال الخصومة ، بل تعد العمل الأول فيها[4].

واعتبار الخصومة رابطة قانونية ، يقتضي ذلك أن تصبح مراكز الأطراف متقابلة ، فإذا كان لأحد الخصوم حق يجب أن يقابله التزام الخصم الآخر أو القاضي. في حين المراكز

---

1 - فتحي والي ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، دار الطباعة الحديثة ط 2 ، سنة 1997 ، ص 41.

2 - وجدي راغب ، مبادئ الخصومة ، المرجع السابق ، ص 14.

3 - فتحي والي ، البطلان ، المرجع السابق ، ص 42.

4 - وجدي راغب ، مبادئ الخصومة ، المرجع السابق ، ص 14.

الاجرائية في الخصومة ، غير متقابلة فالقاضي يقع عليه واجب الفصل في الدعوى ، ويرجع ذلك إلى سلطته العامة ، ولا يقع عليه أي التزام اتجاه الخصم الآخر[1].

وأن الواجب الذي يقع على الخصم لا يعد التزاما قبل الخصم الآخر ، بل لايعدو ذلك أن يكون مظهرا من مظاهر خضوعه لسلطة الدولة ، وأن ما يسمى بحق الدفاع لا يقابله التزام على عاتق القاضي أو الخصم ، إذ نجد هذا الحق يتكون من مجموعة من المكنات التي يخولها القانون لصاحبه[2].

والخلاصة هي أنه ما ينشأ بين القاضي والخصوم أو فيما بينهم ، لايعد رابطة قانونية بالمعنى الفني ، وإنما مجرد علاقات تقوم بين مجموعة من الأشخاص تربطهم غاية معينة[3].

وإلى جانب هذا الاتجاه ظهر اتجاه آخر لا يرى في الخصومة سوى عمل قانوني مركب ، وهذا ما اتناوله فيما يلي:

2 - الخصومة عمل قانوني مركب:

لا يرى هذا الاتجاه في الخصومة القضائية ، إلا مجموعة من الأعمال الاجرائية ، يضطلع بها أشخاص مختلفون كالقاضي وأعوانه والخصوم والغير ، وتتوالى هذه الأعمال المختلفة بشكل منظم ، تتجه جميعا إلى غاية واحدة ، وهي الفصل في موضوعها طبقا لما يقرره القانون[4].

وتتميز الخصومة بوحدة الغاية لأن كل الأعمال القانونية التي تتكون منها ، تتجه إلى غاية واحدة ، وهي تطبيق القانون ، وأنها بالرغم من تعدد أعمالها فإنها وفي النهاية تكون عملا قانونيا مركبا.

1 - وجدي راغب ، مبادئ الخصومة ، المرجع السابق ، ص 14.
2 - فتحي والي ، البطلان ، المرجع السابق ، ص 45.
3 - وجدي راغب ، مبادئ الخصومة ، المرجع السابق ، ص 15.
- فتحي والي ، البطلان ، المرجع السابق ، ص 42.
4 - فتحي والي ، البطلان ، المرجع السابق ، ص 54.

وتتميز ايضا بتتابع أعمالها زمانيا ومنطقيا، فيعتبر العمل السابق مقدمة ضرورية ومنطقية لما يليها، لتنتج في النهاية أثرا قانونيا واحدا، يعتبر أثرا مباشرا للحكم القضائي [1].

ويقصد بالعمل القانوني المركب هو العمل الذي لا يمكن أن يحقق النتيجة التي يهدف إليها إلا أن يتظافر في سبيل ذلك أكثر من عمل واحد. فتشترك مجموعة من الأعمال القانونية لترتيب أثر قانوني واحد [2]. فلا يستطيع واحد منها أن يتجه وحده لترتيب الأثر القانوني.

والفقه يميز بين أنواع مختلفة من الأعمال القانونية المركبة ومنها العمل التتابعي، فهو يتكون من عدة أعمال تتابع زمانيا ومنطقيا [3].

وترتيبا على ما سبق يمكن أن نصل إلى النتيجة التالية التي يميل إليها أغلب الفقه الحديث، وهي أن الخصومة القضائية باعتبارها عملا قانونيا مركبا، يتكون من عدة أعمال تتميز بتتابعها زمنيا ومنطقيا. بعضها يقوم بها القاضي وأعوانه و البعض الآخر يقوم بها الخصوم أو الغير.

فتتابع هذه الأعمال فيما بينها تتابعا زمانيا ومنطقيا فيعد كل عمل منها مقترنا بالعمل الذي يليه، وتهدف كل هذه الأعمال مجتمعة لانتاج اثر قانوني نهائي هو الحكم في موضوعها [4]، وهي في النهاية تتكون من عمل قانوني مركب.

هذا فيما يتعلق بتعريف الخصومة القضائية، وطبيعتها القانونية وأنتقل الآن إلى دراسة الآثار المباشرة وغير المباشرة المترتبة عن المطالبة القضائية فيما يلي:

المشرع الجزائري ؟ ونفصل هذه الاتجاهات فيما يلي:

---

1 - وجدي راغب، مبادئ الخصومة، المرجع السابق، ص 15.

2 - فتحي والي، البطلان، ص 56.

3 - وجدي راغب، المبادئ، ص 14.

4 - فتحي والي، البطلان، ص 58.

المطلب الثالث
في الآثار المباشرة وغير المباشرة المترتبة عن المطالبة القضائية

فبمجرد تقديم الطلب القضائي إلى القضاء تنشأ عنه مجموعة من الآثار المباشرة وغير المباشرة و هي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي :

أولا : الآثار المباشرة :

تنشأ من تقديم الطلب القضائي مجموعة من الآثار القانونية المباشرة و أهمها ما يلي :

1 - التزام القاضي بالفصل فى الطلب المقدم اليه:

عند تقديم الطلب القضائي إلى القاضي . ينشا عنه التزام قانوني يلزم القاضي أن يفصل فيه ، ومصدر هذا الالتزام هو القانون الذى ينظم وظيفة القاضي ، وعلة هذا الالتزام يرجع إلى المبدأ الذى يقضي بمنع الشخص من اقتضاء حقه بنفسه ، فلا يستطيع الشخص أن يحمي حقه او مركزه القانوني الا باللجوء إلى القضاء ، مما يفرض على القاضي . باعتباره ممثلا للدولة . أن يفصل فى الطلب المقدم إليه ، ولا يجوز له أن يمتنع عن الفصل فيه وإلا عد مرتكبا لجريمة انكار العدالة ، وقد كانت المادة 215 من قانون اللإجراءات المدنية القديم ينص على جريمة انكار العدالة ، وذلك إذا أمتنع القضاة عن الفصل فى العرائض المقدمة اليهم أو اهمالهم الفصل فى قضايا صالحة للحكم فيها في حين أن القانون الجديد لم ينص عن هذه الجريمة ويجب التميز بين اهمال القاضي للقضايا الصالحة للحكم فيها وبين حالة اغفال الفصل فى أحد الطلبات ، والحالة الأولى تشكل احدى حالات انكار العدالة ، في حين الحلة الثانية تشكل أحد حالات التماس إعادة النظر المنصوص عليها فى المادة 2/194 من قانون الإجراءات المدنية وقد أصبحت تشكل

أحدى حالات الطعن بالنقض [1] ، طبقا لما نصت عليه المادة 17/358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

2 - تحدد سلطات القاضي بما ورد فى الطلب :

تحدد سلطات القاضي بما ورد فى الطلب القضائي ، و تتحدد بالرجوع إلي عناصر الطلب القضائي ولا يحكم إلا بما يطلبه منه الخصوم ولا يجوز له أن يحكم بأكثر مما لم يطلب منه فإن فعل ذلك اصبح حكمه قابلاللطعن فيه بالتماس إعاده النظر ، طبقا لما تنص عليه الماده 2/194 من قانون الأجراءات المدنية القديم ، وقابلا للطعن فيه بالنقض طبقا للماده 10/358 من القانون الجديد.

ويشمل هذا الحظر جميع عناصر الطلب القضائي ، فلا يجوز له أن يغير نطاق الخصومة من حيث الأشخاص أو الموضوع أو السبب.

ويتحدد نطاق الخصومة بصفة مبدئية بما ورد فى الطلب القضائي الأصلي ، وتبعا لذلك تتحدد سلطات القاضي بما ورد فى هذا الطلب بيد أنه يجوز تعديل نطاقها عن طريق الطلبات العارضة التي يقدمها الخصوم ومن ثمه فلا يجوز [2] للقاضي تعديل نطاق النزاع الذي ترسمه طلبات الخصم سواء من حيث الأشخاص أو الموضوع أو السبب.

3 - نزع الاختصاص عن باقي المحاكم :

يترتب على رفع الطلب القضائي إلى القضاء إلزام القاضي بالفصل فيه وفي الحدود التى حددها الخصم ويؤدي ذلك إلى نزع الاختصاص عن سائر المحاكم التي كانت مختصة اصلا طبقا لقواعد الاختصاص

1 .أغفال الفصل فى أحدي الطلبات يشكل خطأ فى الواقع و ليس خطأ فى القانون ، والمحكمة العليا تحتص بالنظر فى مخالفة القانون ولا تحتص بالمسائل المتعلقة بالحطأ فى الواقع لأن ذلك يدخل فى أحتصاص قضاة الموضوع.

2 .غير أن المادة 201 مناقد إ.م.إ. تسمح للقاضي بادخال تعديل علي عنصر الأشخاص إذا رآي أن أدخال هذا الخصم فى خصومة مفيدا لحسن سير العدالة أو أظهار الحقيقة.

فإذا رفع نفس الطلب إلى مجكمة أخري مختصة به ، تحققت حاله قيام نفس النزاع أمام محكمتين مختلفتين جاز الدفع أمام المحكمة الثانية التى رفع إليها نفس الطلب ، بإحلة الدعوي إلى المحكمة الأولى التي نزعت الإختصاص عن باقي المحاكم الأخري عن طريق تقديم الطلب إليها أولا[1].

ثانيا: الآثار غير مباشرة:

تترتب علي تقديم الطلب القضائي مجموعة من الآثار غير المباشرة التي تتعلق بالحق الموضوعي المراد حمايته وحفظه.

وتبعا لذلك ، تسري آثار الحكم الصادر فى الطلب القضائي من وقت تقديمة ، وليس من وقت النطق بالحكم فهو يمنح الحماية القضائية للمدعي ويرتب جميع آثاره القانونية ابتدأ من تاريخ ايداع الطلب القضائي بامانة الضبط ، وهي كما يلي .

1- قطع التقادم :

تنقطع مده ةالتقادم التي تسري ابتداء من تاريخ تقديم الطلب ، ويبقي مقطوعا ما بقيت الخصومة إلى أن يحكم فيها ، وتنقطع مده التقادم ولو قدم الطلب إلى محكمة غير مختصة ، طبقا لما تنص عليه المادة 317 من القانون المدني .

وفي الأصل أنه إذا رفعت دعوى إلى محكمة غير محتصة يؤدي ذلك إلى بطلان المطالبة القضائية ، وزوال جميع الآثار المترتبة عنها بما فيها قطع مدة التقادم ، أى أن البطلان يؤدي إلى إعاده الأوضاع إلى ما كانت عليها من قبل ورغم ذلك فإن المشرع قد رتب أثرا على البطلان ، وهو قطع التقادم ، وهذا الأثر يعد استثناء على الأصل العام.

وتبعا لذلك إذا صدر حكم ببطلان الطلب القضائي ــ فى غير حالة رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة فيؤدي ذلك إلى زوال جميع الآثار المترتبة عليه.

1 - إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 58.

ولكي يرتب الطلب القضائي أثره أن يصدر الحكم بصحة الطلب القضائي من حيث الشكل وبقبوله من حيث توافر شروط قبول الدعوي ، وبتأسيسه من حيث الموضوع. ومن ثمة إذا صدر حكم في الموضوع لفائدة المدعي ، فتبدأ مده تقادم جديدة ، تبدأ من تاريخ حيازة الحكم قوة الأمر المضي به ، طبقا لما تنص علية المادة 319 من القانون المدني.

أما إذا صدر حكم برفض الدعوي فإن ذلك يعني أن المدعي ليس له حق موضوعي يمكن أن يخضع للتقادم.

أما إذا انتهت الخصومة إلى الحكم بتركها أو سقوطها أو ببطلان الطلب القضائي فيعتبر التقادم كأن لم ينقطع ، لأن كل هذه الأحكام تؤدى إلى بطلان اجراءات المطالبة القضائية ، والبطلان يعيد الخصوم إلى مراكزهم القانونية السابقة التي كانوا عليها قبل رفع الدعوى.

2 - اعذار المدعي عليه

اعذار المدعي عليه أي وضع المدين في حالة المتأخر قانونا فى تنفيذ التزامه .ذلك أنه لا يكفي لاعتبار المدين مخلا بالتزامه عند حلول أجل الالتزام ، بل لابد من توجيه له اعذارا ، أو ما يقوم مقام الاعذار ، ذلك أن الاعذار لا يعد الطريق الوحيد لانذار المدين فهناك ما يقوم مقام الانذار؟ ومن ذلك المطالبة القضائية[1] ، وهذا ما تقضي به المادة 180 من القانون المدني بأن يكون اعذار المدين بانداره أو ما يقوم مقام الاندار.

وابتداء من تاريخ الاعذار أو االمطلبة القضائية يصبح الحائز ملزما برد ثمار على ما يحوزه ، وتسري الفوائد التأخيرية من هذا التاريخ ، وإذا كان محل الالتزام بين الأفراد مبلغا من النقود فيقدر التعويض عن الضرر الذي يلحق الدائن جراء التأخير عن الوفاء من تاريخ المطالبة القضائية وليس من تاريخ الإعذار[2] ويصبح المدعى عليه مسؤولا عن تبعة الهلاك أو ضياع الشئ من تاريخ المطالبة به.

1. السنهوري ،الوسيط ،ج 2 ،ط 2004 ،ص 778.

2 - انظر المادة 186 من قانون المدني

3 ـ توارث بعض الحقوق غير القابلة للانتقال:

في الأصل أن هناك بعض الحقوق غير قابلة للانتقال بالخلافة ، غير أنه يستثني من هذا الأصل بعض الحقوق التي سبق للسلف أن طلب بها قبل وفاته ، فتستمر الخصومة القضائية في مواجهة من رفعت عليه الدعوى منقبل السلف ، ولكن بشرط ألا تكون الخصومة خاصة بحق لصيق بشخصه المتوفي . مثل دعوي التطليق .

ومن الأمثلة عن الحقوق التي لا تنتقل بالخلافة إلا عن طريق المطالبة القضائية بها ، قبل أن يتوفي السلف . الطلب بالتعويض عن الضرر الأدبي الدى يكون قد لحق بالسلف[1] .

وبعد أن تطرقت إلى الآثار المباشرة وغير مباشرة المترتبة عن الطلب القضائي ، أنتقل إلى دراسة المبادئ العامة التى تخضع لها الحصومة القضائية فيما يلي:

المطلب الرابع
المبادئ العامة التى تخضع لها الخصومة

تخضع الخصومة القضائية إلى نظام قانوني ، يتولى تنظيم الوسيلة القانونية لكل اجراء من اجراءاتها و يحدد نظام تتابعها.

ويهدف المشرع من خلال تنظيم وسيلة العمل الاجرائي و تتابعه إلى تحقيق غاية معينة ، تؤدي إلى ضمان حسن سير

العدالة ، ويعبر عن القواعد التي تهدف إلى تحقيق حسن سير العدالة بمجموعة القواعد الأصولية للخصومة القضائية[2] ، وأهم هذه القواعد هى كما يلي :

1 . ابراهيم نجيب سعد ،المرجع السابق ،ص 587 .

2 . وجدي راغب ،المبادئ ،ص 17 .

1 - المبدأ أن الخصومة ملك للخصوم :

تعد الخصومة .حسب الاتجاه التقليدي .ملكا لأصحابها فالخصم هو الذي يملك التحريك النشاط القضائي عن طريق الطلب القضائي والسير في اجراءاتها أو وقفها أو تركها ، ورسم نطاقها بتحديد موضوعها وسببها وأطرافها ، عن طريق ما يقدم من طلبات ودفوع وما يتمسك به من الأدلة.

في حين يقتصر دور القاضي على الفصل في النزاع كما يعرضه عليه الخصوم فيقف في الخصومة موقفا سلبيا ، يعمل فقط على مراعاة احترام القواعد الاجرائية والفصل فيما يقدم له[1].

غير أن الاتجاه الحديث يرفض أن يصبح دور القاضي في الخصومة دورا سلبيا فهو يرى أنه لا يجب تقييد سلطات القاضي ، وترك حرية تسيير النشاط القضائي للأفراد ، وأن حياد القاضي لا يتنافى مع دوره الايجابي في الخصومة ، بتوجيه سيرها بما يحقق الصالح العام ، ولا يجب أن تقتصر وظيفة القاضي على الفصل في النزاع ، بل يجب أن تمتد إلى تطبيق القانون بواسطة الخصومة[2].

وقد انعكس أثر هذا الاتجاه على التشريعات الحديثة ، وذلك فيما يخوله المشرع من دور ايجابي للقاضي ، ويظهر ذلك من خلال نص المادة 759 ،27 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية . فيخول له أن يكلف الخصم بالحضور شخصيا أمامه ، أو أن يأمر تلقائيا بإجراء تحقيق أو تقديم وثيقة أو اجراء خبرة أو تحقيق في الكتابة أو اتخاد اي اجراء من اجراءات التحقيق الخ.......

لكن الدور الايجابي للقاضي ينحصر في توجيه سير الخصومة في مجال الاثبات . ولا يزال يتميز دوره بالسلبية فيما يتعلق بعناصر الطلب القضائي . فلا يجوز له احداث أي تغيير على أحد العناصر المكونة له . مالم ينص القانون على خلاف ذلك.

2 - مبدأ الشفوية والكتابة

هل يأخذ التشريع الجزائر بمبدأ المرافعة الشفوية أو الكتابة أمام الجهات القضائية المحتلفة.كان المشروع الجزائري .فى ظل القانون القديم .يأخذ بمبدأ المرافعة الشفوية أمام المحاكم كقاعدة عامة والإستثناء هو مبدأ الكتابة حيث نجده يشرط أن يقدم الطلب القضائي مكتوبا إما باقي الاجراءات الأخرى التي تتصل بالخصومة فالأصل فيها أن تتم شفاهة في حين يجمع بين المرافعة الشفوية والكتابة على مستوي جهه الاستئناف.

ويأخذ بمبدأ الكتابة كقاعدة عامة .على مستوي المحكمة العليا - غير أن المشرع لم يلتزم بهذا النهج فقد عكس القاعدة حيث نص في المادة 9 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي:

" الأصل في إجراءات التقاضي أن تكون مكتوبة " ، يستخلص من هذا النص أنه سن أصلا عاما الذي يقضي أن تكون جميع الإجراءات أمام الجهات القضائية المختلفة كتابة وبكلمة واحدة أنه أخذ بمبدأ الكتابة كأصل عام في المرافعات أمام المحاكم ، وبالتالي أصبحت المرافعة الشفوية استثناء عن الأصل العام فلا تقبل ما لم تستند إلى نص خاص فى القانون.

مع أن المرافعة أمام الجهات القضائية قد تكون شفاهة أو كتابة بالنظر إلى ما تهدف اليه كل واحدة منهما من تحقيق غاية معينة.

فتحقق المرافعة الشفوية مبدأ المواجهة بين الخصوم ، بحيث تسمح بإجراء المناقشة مباشرة بين جميع الخصوم أمام القاضي مما يساعد على الإتصال بأدلة الإثبات و تمكنه من الالمام بعناصر الدعوى[1].

فى حين أن المرافعة الكتابية تعد وسيلة ناجحة تسمح للقاضي بتركيز المسائل القانونية دون أن يتأثر بالظواهر الخارجية التي تدور فى الجلسة[2].

1 . ابراهيم نجيب سعد .المرجع السابق .ص663.
2 . وجدي راغب .المبادئ .المرجع السابق .ص 19.

غير أنه لا يمكن للقضاء الحديث أن يستغني عن احدى الوسيلتين ، فوسيلة الكتابة هي أداة لحصر و ضبط وتحديد النزاع وتوثيق ما يدور فى الخصومة وحفظ كل الأدلة المقدمة.

في حين الوسيلة الشفوية هي أداة اتصال مباشر بين أشخاص الخصومة ، تمكن القاضي من الاطلاع المباشر بما يدور بين الخصومة ، فهي خير سلاح للمناقشة والاقناع [1].

غير أن المشرع رغم أهمية هذه الوسيلة .قيد القاضي - حيث لا يستطيع اللجوء إليها الا فى الأحوال التى ينص عليها .

3 - مبدأ علانية الجلسات:

يقصد بمبدأ علانية الجلسات هو تمكين الجمهور من متابعة اجراءات الخصومة وحضور جلساتها فيوفر هذا المبدأ حق رقابة الجمهور لاجراءات الخصومة ، وقد نصت على هذا المبدأ المادة 149 من الدستور ، التي تقضي على أن يتم النطق بالأحكام القضائية في جلسات علانية ، وتؤكد على هدا المبدا المادة 7 من قانون الاجراءات المدنية و الأدارية .

وتبعا لذلك ، يجب أن تكون جميع الجلسات علانية ، وقد يستثني القانون من هذا المبدأ بأن يسمح أن تجري بعض الجلسات في سرية ، ويتم ذلك تلقائيا أو بناء على طلب الخصم بقصد المحافظة على النظام العام والآداب العامة.

في حين النطق بالحكم يكون دائما في جلسة علنية ، ولا يستثنى من ذلك اي حكم ، وإلا تعرض للبطلان.

4 - مبدأ احترام حقوق الدفاع:

يعتبر حق الدفاع من الحقوق الدستورية ، ويصنف ضمن حقوق الانسان ، وهو الحق الذي ينص عليه الدستور في المادة 151 منه على أن الحق في الدفاع معترف به ،

---

1. ابراهيم [illegible] 664

وبذلك أصبح هذا الحق من المبادئ الدستورية ، ويخول للمدعي أن يدافع عن دعواه عن طريق تقديم جميع الادلة التي تثبت حقه ، وتمكينه أيضا من دحض جميع ما يقدمه خصمه ضده ، كذلك يسمح هذا الحق للمدعى عليه بحق الدفاع والرد على ادعاء المدعي.

ويفرض هذا المبدأ على كل من القاضي والخصوم حقوقا وأعباء وواجبات.

ومن مقتضيات حقوق الدفاع هو أن كل اجراء يقع في الخصومة يجب أن يقع في مواجهة الخصم الآخر ولا يستطيع القاضي أن يفصل إلا في نطاق ماتم داخل الخصومة بعد تمكين أطرافها من ابداء دفاعهم فيها.

ومن النتائج هذا المبدأ ، أنه يمنع على القاضي أن يفصل في النزاع دون أن يستمع إلى جميع الأطراف ، بل يجب أن يوضع كل خصم في مركز يمكنه من ابداء دفاعه غير أنه لا يجوز للخصم ابداء طلبات جديدة في الجلسة التي يتخلف فيها الخصم الآخر.

ومن مقتضيات حق الدفاع أيضا أن يمكن الخصم من الاطلاع على المستندات التي يقدمها الخصم الآخر ، وذلك طبقا لما تنص عليه المادة 70 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولايقبل – بعد قفل باب المرافعة – أي مستند أو سماع أية اقوال من أحد الخصوم ، ويجب على القاضي أن يؤسس حكمه على المستندات المقدمة في القضية ، وتم مناقشتها من قبل الخصوم ، وإن اسس حكمه على مستند لم يمكن الخصم من الاطلاع عليه ومناقشته ، أو على وقائع لم يتم تقديمها من قبل الخصوم ، يكون قد حكم بعلمه الشخصي مما يعرض حكمه للبطلان.

هذا بعد أن انتهينا من تعريف الخصومة القضائية ، وتحديد طبيعتها القانونية والآثار المباشرة وغير المباشرة المترتبة عن المطالبة القضائية ، وتحديد المبادئ العامة التي تخضع لها ، أنتقل الآن إلى دراسة الأعمال القانونية المكونة للخصومة وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

المبحث الثاني
الأعمال المكونة للخصومة

تقديم وتقسيم

تتكون الخصومة القضائية من مجموعة الأعمال الاجرائية، وأن كل عمل اجرائي يتكون من عناصر شكلية وموضوعية، وتبعا لذلك فإن الحاجة تقتضي منا أن نتطرق إلى تعريف العمل الاجرائي، ثم بعد ذلك إلى عناصره الشكلية والموضوعية.

وتعد الشكلية من المظاهر التي يتميز بها العمل الاجرائي، مما يتعين علينا أن نتطرق إلى مميزات الشكلية وصورها المختلفة.

وتبعا لذلك، سأقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف العمل الاجرائي.
المطلب الثاني: عناصر العمل الاجرائي.
المطلب الثالث: الشكلية في العمل الاجرائي.

وإلى تفصيل ذلك:

المطلب الأول
تعريف العمل الاجرائي

يعرف الفقه العمل الاجرائي " بأنه العمل القانوني الذي يرتب عليه القانون مباشرة اثرا اجرائيا، ويكون جزءا من الخصومة"[1].

1 - فتحي والي، الوسيط، المرجع السابق، ص 350.

في حين يعرفه البعض الآخر بأنه " هو المسلك الايجابي الذي يكون جزءا من الخصومة، ويرتب أثرا اجرائيا مباشرا فيها"[1].

ويتفق كل من التعريفين حول تعريف العمل الاجرائي من حيث المضمون، ولكي يعتبر عمل ما عملا اجرائيا، يجب أن تتوافر فيه الشروط التالية:

1 - يجب أن يكون العمل جزءا من الخصومة:

ويشترط القانون لكي يكون العمل ما عملا اجرائيا، أن يصبح جزءا من الخصومة، وأول عمل اجرائي تبدأ به الخصومة هو تسجيل الطلب القضائي لدى أمانة ضبط المحكمة، ثم تتوالى الأعمال الاجرائية، الأول تلو الآخر، وتنتهي الخصومة بآخر عمل يتم فيها، وهو صدور حكم في موضوعها[2].

ومن ثمة لاتعد من الأعمال الاجرائية الأعمال التي تتم خارج الخصومة – سواء تمت قبل بدئها أو تمت والخصومة قائمة– فلا يعد عملا اجرائيا ما يقوم به شخص من أشخاص الخصومة خارج حدودها. مثل اعذار المدين أو عقد توكيل المحامي أو الاقرار غير القضائي[3] أو التنبيه بالاخلاء في المحلات التجارية.

في حين تعد من الأعمال الاجرائية، تلك التي تصدر عن القاضي كتوقيعه على الحكم أو النطق به، وكذا الأعمال التي يقوم بها الخصوم أو وكلاؤهم كرفع الدعوى، وتقديم أدلة الاثبات والتمسك بالدفوع أمام القضاء، أو من الغير كأداء الشهادة أمام القضاء[4].

والأعمال الاجرائية قد تأتي مستقلة عن الأعمال الخصومة مثل إعلان الحكم، فيعد عملا اجرائيا مستقلا عن الواقعة المعلنة، وتبعا لذلك، فإن البطلان الذي يصيب الاعلان لايؤثر في الواقعة المعلنة[5].

---

1 - وجدي راغب، مبادئ الخصومة، المرجع السابق، ص25.
2 - وجدي راغب، مبادئ الخصومة، المرجع السابق، ص25.
3 - فتحي والي، الوسيط، ص 353.
4 - فتحي والي، الوسيط، ص 353.
5 - نبيل اسماعيل عمر، اعلان الأوراق القضائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط 1، سنة 1971، ص 12.

2 - يجب أن يرتب القانون على العمل أثرا اجرائيا مباشرا:

ولكي يعتبر عمل ما عملا اجرائيا ، يجب أن يرتب عليه القانون اثرا اجرائيا مباشرا ، وليس أثرا اجرائيا غير مباشر.

والأثر المباشر هو الذي يؤثر في الخصومة القضائية في بدئها وسيرها ، حيث يدفعها نحو بلوغ غايتها ، كتلك الأعمال التي تبتدئ بها أو تعمل على تقدمها أو تعديلها أو انهائها[1] ، وهذا ما تنص عليه المادة 2/223 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها مايلي: "تتمثل في كل الاجراءات التي تتخذ بهدف مواصلة القضية وتقدمها "

وتبعا لذلك ، لا يعد من قبيل الأعمال الاجرائيةن عقد الصلح بين الأطراف أو التنازل عن الحق الموضوعي.

فالأثر الاجرائي المترتب عن هذا العمل هو انقضاء الخصومة ، فلا يعد أثرا مباشرا لها ، فهو لايعد الغاية المباشرة التي يهدف إليها من قام بالصلح أو التنازل عن الحق الموضوعي ، وإنما الأثر الاجرائي المترتب جاء نتيجة لاثر موضوعي ، وهو النزول عن الحق الموضوعي أو عن الصلح[2].

وتبعا لذلك فإن الآثار المباشرة المترتبة عن النزول على الحق أو عن الصلح ، ليست آثارا اجرائية مباشرة ، غير أنها تترتب عليها آثار اجرائية غير مباشرة ، وهو سقوط الخصومة القضائية ولذا لايعد النزول عنها عملا اجرائيا[3].

3 - أن يكون العمل الاجرائي عملا قانونيا:

يعد العمل الاجرائي عملا قانونيا اختياريا يترتب عليه أثرا قانونيا يعدل من الخصومة القضائية أو ينهيها.

1 - فتحي والي ، الوسيط ، ص 350.
2 - وجدي راغب ، مبادئ الخصومة ، المرجع السابق ، ص 26.
3 - فتحي والي ، الوسيط ، ص 351.

وتنقسم الأعمال القانونية إلى أعمال مادية ، وهي التي يحدد القانون أثرها مقدما وبصورة جامدة ، وإلى تصرفات قانونية ، وهي التي يعترف فيها القانون بسلطان الارادة ، فيعتد بمضمون ارادة المتصرف ويترك له الحرية في تحديد آثار العمل [1].

وقد ذهب اتجاه في الفقه إلى اعتبار العمل الاجرائي تصرفا قانونيا ويترتب على هذا التكييف تطبيق القواعد الموضوعية التي يخضع لها التصرف القانوني المنصوص عليها في القانون المدني على العمل الاجرائي وترتيبا على ذلك فإنه يتعين الاعتداد بعيوب الارادة [2].

غير أن الرأي الراجح في الفقه يرى أنه لا فائدة من هذا التكييف لأن العمل الاجرائي يخضع لقواعد الاجراءات المدنية ، وتتميز هذه القواعد بأهمية الشكل مما يفقد عنصر الارادة أهميته ، لأن العمل الاجرائي يخضع لرقابة القاضي واشرافه على أعمال الخصومة مما يحول دون تطبيق قواعد التصرف القانوني [3] ، وكل عمل قانوني لا تلعب الإرادة في تحديد مضمونه وآثاره يعد من قبا الأعمال المادية ، وبالتالي يعد العمل الاجرائي عملا ماديا.

ونظرا لأهمية الشكل الذي يهيمن على العمل الاجرائي ، فإننا سأتطرق إليه في المطلب التالي:

المطلب الثاني
عناصر العمل الاجرائي

يتكون العمل الاجرائي من عناصر شكلية وموضوعية ، وهو يخضع إلى مبدأ عام ، وهو مبدأ الشكلية فهو لايتم إلا طبقا للوسيلة التي يحددها القانون ، وهذا على خلاف

1 - فتحي والي ، الوسيط ، ص 349.
- فتحي والي ، نظرية البطلان ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ط 1959 ، ص 70.
2 - فتحي والي ، الوسيط ، ص 351.
3 - وجدي راغب ، مبادئ الخصومة ، المرجع السابق ، ص 27.
- فتحي والي ، الوسيط ، ص 353.

القانون الموضوعي ، حيث يسود فيه مبدأ الرضائية ، وتبعا لذلك سأقسم هذا المطلب إلى الفروع التالية:

الفرع الأول
مفهوم الشكلية في العمل الاجرائي

يتميز العمل الإجرائي بأنه عمل شكلي ، وتبعا لذلك سأتطرق في هذا الفرع إلى التعريف بالشكل ، تم إلى خصائص العمل الاجرائي ، وذلك فيما يلي:

1 - التعريف بشكل العمل الاجرائي:

يتكون العمل القانوني بصفة عامة من عنصرين الأول النشاط والثاني الحدث وأن كل نشاط يؤدي إلى الحدث أو النتيجة لهذا النشاط [1].

وتبعا لذلك ، فإن كل نشاط يؤدي إلى حدث ، وكل حدث يفترض حركة أو نشاطا أدى إليه ، ويطلق على النشاط اصطلاح " الشكل " وعلى الحدث اصطلاح " المضمون " [2].

وعلى ذلك يعرف بعض الفقهاء الشكل على أنه الوسلة التي يتحقق بها المضمون أو الحدث [3] و من ثمة يمكن تعريف الشكل ، بأنه عبارة عن الحركة التي تؤدي الى احداث تغيير في العالم الخارجي ، هذه الحركة أو النشاط قد يكون حرا ، فيعبر عنه بالشكل الحر ، و قد يكون هذا النشاط مقيدا فيفرض المشرع على الشخص ان يقوم بهذا النشاط على نحو معين فيعبر عنه بالشكل القانوني.

والأصل في القانون ، أنه يترك للفرد الحرية في التعبير على ارادته ، وتقدير النشاط المناسب (الشكل) وفي هذه الحالة لايكون الشكل ركنا في العمل القانوني ، كابداء الدفوع الموضوعية . فيمكن ابداؤها كتابة أو شفاهة ، وفي أي ترتيب معين.

غير أن القانون قد يتطلب مقتضيات معينة في طريقة التعبير عن الارادة ، حيث تصبح قاصرة على احداث الأثر القانوني ، دون القيام بالنشاط المعين الذي يحدده القانون ، فيعد حينئذ هذا النشاط أو الشكل أي الوسيلة ركنا من أركان العمل القانوني.

وتبعا لذلك ، فقد يلجأ المشرع إلى اختيار أحد الأسلوبين في صاغته القواعد القانونية ، فقد يلجأ إلى تحديد الوقائع القانونية في مضمونها[1] ، وهذا هو الأصل في القانون المدني . ويترك الوسيلة لاختيار الأفراد.

غير أنه قد يخرج عن هذا الأصل ، بحيث لايقتصر على تحديد مضمون العمل القانوني ، بل يتعداه إلى تحديد وسيلة تحقيق مضمون هذا العمل ، كوجوب أن يتم عقد بيع العقار أمام الموثق ، وقد يشترط أن يتم عقد معين أمام شهود ، مثل عقد الزواج أو أن يتم العمل القانوني في مكان أو زمان معينين أو في ترتيب خاص.

ويمكن على ضوء هذا التحليل تعريف الشكل على أنه النشاط الذي يتحقق به المضمون . فيتوقف وجود العمل القانوني عليه أي على النشاط . ويمكن ترجمة كل ذلك في المعادلة التالية:

النشاط + الحدث = العمل القانوني.

أي الشكل + المضمون = الأثر القانوني

الكتابة الرسمية + (الارادة+ المحل + السبب) = عقد صحيح لبيع العقار.

والقاعدة في قانون الاجراءات المدنية هي شكلية العمل الاجرائي. حيث تتم جميع أوجه النشاط طبقا للوسيلة (الشكل) التي يحددها القانون ، فالاعلان باعتباره وحدا من الأعمال الاجرائية ، يجب أن يتم طبقا للوسيلة التي يحددها القانون ، ولايجب ان يتم طبقا للوسيلة التي يختارها الشخص.

1 - فتحي والي ، نظرية البطلان ، ص 156.

ويترتب على تخلف شكل العمل الاجرائي بطلانه ، على اعتبار أن شكلية العمل الاجرائي مقررة لصحة وجوده ، وليس لاثباته ، وتبعا لذلك إذا أصيب العمل الاجرائي بعيب أي بنقص ، فلا يمكن تكملة هذا النقص عن طريق الاثبات ، فإذا أعلنت ورقة الاعلان دون ذكر تاريخ الاعلان ، فلا يجوز للشخص أن يلجأ إلى اثبات أن هذه الورقة تم اعلانها في الحقيقة في يوم معين ، ولا يحل محل اثبات الشكل القانوني شهادة الشهود أو الاقرار [1].

والقاعدة القانونية تقضي – كأصل عام – أن الشكل قد احترم وعلى كل من يدعي وجود المخالفة أن يثبتها. ومن الأمثلة على ذلك عندما يتطلب القانون بيان هذا الشكل في المحرر كما تنص المادة 65 من قانون الاجراءات المدنية القديم بأن يحلف الشاهد اليمين بأن يقول الحق وإلا كانت شهادته باطلة ، فإذا لم يتم اثبات هذا البيان في محضر أداء الشهادة يعد باطلا ، كذلك يعتبر محضر تبليغ حكم غيابي إذا لم يذكر فيه أن للمعلن إليه له الحق في المعارضة في مهلة 10 أيام ، وهذا ما تقرره المادة 98 من القانون القديم فإذا لم يتم اثبات هذا الشكل في المحضر يعد دليلا على عدم احترامه ، وإذا تم الاثبات في المحرر أن الشكل المطلوب قد تم استيفاؤه فإنه لا يمكن اثبات العكس إلا عن طريق الطعن في المحرر بالتزوير [2] ، لأن العمل الاجرائي يتم بواسطة موظف عمومي [3].

2 ـ خصائص العمل الاجرائي:

يخضع العمل الاجرائي إلى قاعدة عامة ، وهو أنه عمل شكلي فلا يترك القانون للقائم به حرية اختيار الوسيلة التي يقوم بها ، بل يحدد الوسيلة مقدما ، ويفرضها عليه ، وتبعا لذلك اصبح الشكل عنصرا من عناصر العمل الاجرائي.

1 - فتحي والي ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص 359.

2 - انظر القرار الصادر عن المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، القسم الثالث ، بتاريخ 2005/12/21 رقم 320136 حيث جاء فيه مايلي:

"أن جميع البيانات الواردة في الأحكام والقرارات هي بيانات رسمية تتمتع بالحجية إلى أن يطعن فيها بالتزوير........"

3 - فتحي والي ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص 360.

وتنضاف الشكلية إلى العناصر الموضوعية لتكون معه العمل الاجرائي ، والشكلية الحديثة تتميز بالمرونة ، فهي لا ترتبط بألفاظ معينة كما كان عليه الوضع في القانون الروماني وهي تخضع إلى مبدأ تكافؤ البيانات [1].

وتخضع الشكلية في العمل الاجرائي إلى مبدأ وسيلة الشكل ، ويقتضي هذا المبدأ عدم جواز ابطال العمل الاجرائي بسبب عيب في الشكل ، إذا كانت الغاية من الشكل قد تحققت ، حيث يعتبر الشكل وسيلة لتحقيق غاية معينة ، فإذا تحققت هذه الغاية فلا يجوز التمسك ببطلان العمل الاجرائي لعدم احترام الشكل ، مالم يكن متعلقا بالنظام العام.

فإذا كان الاعلان باطلا ، وبالرغم من ذلك حضر الخصم ، وقدم دفاعه فتكون بذلك الغاية قد تحققت فلا يجوز التمسك بالإبطال [2] ، طبقا للنظرية الحديثة في بطلان العمل الاجرائي على خلاف القانون الجزائري الذي يأخذ بنظام البطلان الذي يقوم على قاعدة لا بطلان بدون نص ، ولا بطلان بدون ضرر ، وهو النظام الذي سأتطرق إليه لاحقا.

الفرع الثاني
العناصر الموضوعية للعمل الاجرائي

لكي يكون العمل الاجرائي صحيحا ، يجب أن يستوفي العناصر الموضوعية ويقصد بها أن يتمتع القائم بالعمل الاجرائي بصلاحية القيام بهذا العمل ، وأن يكون له موضوع وللقائم به ارادة ، وإلى تفصيل هذه المسائل فيما يلي:

1 - وجدي راغب ، مبادئ الخصومة ، المرجع السابق ، ص 37.

2 - وجدي راغب ، مبادئ الخصومة ، المرجع السابق ، ص 37.

1 - يجب أن يتمتع القائم بالعمل بالصلاحية:

يشترط القانون لكي يكون العمل لاجرائي صحيحا أن يستوفي عنصر الشكل وإلى جانب ذلك يشترط أن يستوفي العناصر الموضوعية.

ويقصد بها أن يتمتع القائم بالعمل الاجرائي بالصلاحية العامة والخاصة[1]، وتعني الصلاحية العامة أن يتمتع القائم بالعمل الاجرائي سلطة القيام به، بأن يكون العمل الاجرائي – ممن يقوم به – داخلا في سلطته، فإذا كان العمل الاجرائي مما يدخل في سلطة القاضي[2]، فيشترط أن يكون من قام بهذا العمل ممن يخوله القانون ولاية القضاء[3]. وفي حدود هذه الولاية، فإذا صدر حكم من قاض بعد احالته على التقاعد، يصبح حكما منعدما لانتفاء الولاية ممن صدر عنه، أو إذا صدر حكم من محكمة مشكلة تشكيلا مخالفا للقانون، كأن يصدر حكم من قاضي واحد، حيث يتطلب القانون أن يصدر من محكمة مشكلة من ثلاثة قضاة، اصبح هذا الحكم منعدما لانتفاء ولاية المحكمة لأنها لا تتحقق إلا عن طريق التشكيلة القانونية.

ويقصد بالصلاحية الخاصة أن يكون العمل الاجرائي داخلا في صلاحية من يقوم به، بحيث يكون مختصا به طبقا لقواعد الاختصاص أي أن يكون العمل الاجرائي داخلا في اختصاص الجهة القضائية وظيفيا ونوعيا ومحليا.

وإذا كان العمل مما يقوم به الخصم، فيجب أن تتوافر فيه أهلية الاختصام وأهلية التقاضي، وإذا كان الخصم لايباشر العمل الاجرائي بنفسه، فيجب أن تتوافر الصفة الإجرائية في الممثل القانوني.

ويتطلب القانون شروطا لصلاحية أعوان القضاء للاشتراك في العمل الاجرائي، وإلا كان باطلا.

فإذا كان الاجراء مما تقوم به النيابة العامة فيجب أن تتوافر في العضو القائم بالاجراء سلطة تمثيل النيابة العامة.

---

1 - نبيل اسماعيل عمر، الاعلان، ص 24.

2 - فتحي والي، الوسيط، ص 355.

3 - نبيل اسماعيل عمر، الاعلان، ص 24.

وإذا كان الاجراء من الأعمال التي يقوم بها المحضر القضائي كالاعلان فيشترط لصحة الاعلان القضائي، أن يتوافر فيمن يقوم به الصفة والاختصاص وإلا كان باطلا[1].

2 - ارادة العمل الاجرائي.

العمل الاجرائي هو عمل قانوني اختياري، بمعنى أنه يصدر عن الارادة والأصل في العمل الاجرائي أنه إذا توافر الشكل يفترض توافر الارادة[2].

لكنه قد يتوافر الشكل، ومع ذلك لاتتوافر الارادة فقد يثبت عدم وجودها. فيعتبر العمل الاجرائي باطلا لانعدام الارادة، كأن يصدر من مجنون أو يقع تحت اكراه. كما لو ترك المدعي الخصومة تحت اكراه من المدعى عليه، فيكون العمل لاجرائي باطلا لانعدام الارادة[3].

ويكفي لصحة العمل الاجرائي أن توجد الارادة. ولايعتد بعيوبها فلا يؤثر في العمل الاجرائي وقوع غلط في الواقع أو القانون[4]، ويرجع عدم تأثير عيوب الارادة في صحة العمل الاجرائي لأنه لايعد تصرفا قانونيا لأن أثر التصرف تحدده الارادة[5].

في حين أن القانون هو الذي يحدد مضمون العمل الاجرائي، فيشترط فقط في القائم به أن يقوم به اختياريا بينما يتولى هو تحديد أثر هذا العمل.

3 - محل العمل الاجرائي

يقصد بمحل الاجراء موضوعه، فمحل المطالبة القضائية هو مايطلبه المدعي من القضاء أن يحكم له به وقد سبق أن تطرقنا إليه عند دراسة عناصر الطلب القضائي.

1 - وجدي راغب، مبادئ الخصومة، المرجع السابق، ص 34.
2 - نبيل اسماعيل عمر، الاعلان، ص 28.
3 - فتحي والي، الوسيط، ص 358.
4 - فتحي والي، الوسيط، المرجع السابق، ص 357.
5 - وجدي راغب، ، المرجع السابق، ص 30.

وقد يشترط القانون في محل كل اجراء شروطا خاصة به وتوجد شروط عامة في محل العمل تفرضها طبيعة الأشياء ، ويترتب على عدم توافرها بطلان العمل الاجرائي ، وهي أن يكون محل الاجراء موجودا ومعينا أو قابلا للتعيين ، فيجب مثلا في المطالبة القضائية تعيين عناصر الطلب أي اشخاصه ومحله وسببه ، كما يجب أن يتضمن الحكم تعيين بما قضى به في الدعوى تعيينا كافيا ، أو مما يجعله قابلا للتعيين [1] وإلا تعرض للبطلان.

المطلب الثالث
صور الشكلية في العمل الاجرائي

يقصد بالشكلية في القانون هو ما يقوم به المشرع من تقييد حرية الشخص بمناسبة قيامه بنشاط معين ، فيجب عليه أن ينجز هذا العمل وفق الوسيلة التي يفرضها عليه ، هذه الوسيلة أي الشكلية ، تتعدد صورها ، فقد تكون الكتابة وهذه الأخيرة قد تكون رسمية أو عرفية ، وقد تكون ظرفا يتعين أن يتم فيه ، وقد تكون شهادة شهود ، أو ترتيبا معينا ، ومن أهم الصور الشكلية المواعيد.

والشكلية قد تصبح عنصرا من عناصر العمل الاجرائي ، وقد تكون ظرفا يتعين أن يتم فيه ، ونتطرق إلى هذه المسائل فيما يلي:

1 - الشكلية عنصر من عناصر العمل الاجرائي:

يقصد بالشكلية كعنصر من عناصر العمل الاجرائي ، الوسيلة التي يتم بها العمل القانوني ، وقد يشترط القانون كشكل للعمل أن يتم كتابة وباللغة الرسمية للدولة ، أي لا يقتصر على الكتابة بأية لغة كانت ، بل يشترط أن يتم العمل باللغة الرسمية للدولة ، وإلا كان باطلا[2] ، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 5 من القانون المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا ، حيث جاء فيها مايلي:

" تصدر المحكمة العليا قراراتها باللغة العربية "

وتنص المادة 3 من الدستور على أن " اللغة العربية هي اللغة الرسمية...."

ومن ثمة تعد الكتابة باللغة الرسمية شكلا في العمل الاجرائي وهي مقررة لصحة وجوده[1] ، وليست لاثباته ، فإذا تم العمل الاجرائي بغير اللغة الرسمية للدولة وقع باطلا، لأن اللغة الرسمية تعد من مظاهر سيادة الدولة.

2 - الشكل كظرف يتم فيه العمل:

قد تصبح الشكلية عنصرا من عناصر تكوين العمل الاجرائي ، وقد تصبح ظرفا تقف خارجه.

وقد تتصل الظروف الشكلية في العمل الاجرائي بمكان العمل أو زمانه[2] ، وذلك على التفصيل التالي:

أ- مكان العمل الاجرائي

قد يحدد القانون المكان الذي يجب أن تتم فيه ، بعض الاعمال الإجرائية فمثلا يشترط القانون لصحة الاعلان القضائي أن يتم تسليمه في موطن المعلن إليه ، ويجب أن ينطق بالحكم في قاعة جلسات المحكمة ، وإلا كان باطلا[3] ، وأن يتم ايداع صحيفة الدعوى لدى كتابة ضبط المحكمة[4].

---

1 - فتحي والي ، الوسيط ، ص 361.

2 - فتحي والي ، الوسيط ، ص 362.

3 - فتحي والي ، الوسيط ، ص 363.

4 - وجدي راغب ، مبادئ الخصومة ، ص 38.

ب- زمن العمل الاجرائي.

يحدد القانون الزمن الذي يجب أن يتم فيه العمل الاجرائي باعتباره ظرفا يجب أن يتم خلاله[1].

وقد يحدده بصفة مجردة ودون علاقة سابقة أو لاحقة ، وهذا ماتنص عليه المادة 416 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية على " أنه لا يجوز اجراء أي تبليغ أو تنفيذ قبل الساعة الثامنة ولا بعد الساعة الثامنة مساء ، ولا في أيام العطلة إلا في حالة الضرورة ، وبعد غذن من القاضي ".

فجاء الزمن مجردا ، فيجوز أن يتم العمل في أية ساعة من ساعات العمل بدءا من الساعة الثامنة صباحا إلى غاية الساعة الثامنة مساء.

وقد يحدد الميعاد استنادا إلى القيام بالعمل في ترتيب معين بين أعمال الخصومة[2] ، مثل الدفوع الشكلية ، فيجب أن يتمسك بها قبل أي دفع أو دفاع في الموضوع ، وإلا سقط الحق فيها ، وهذا ما تنص عليه المادة 50 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ومن الصور الشكلية أيضا ان يتطلب القانون أن يتم العمل الاجرائي خلال ميعاد معين ، وإلا سقط الحق فيه.

ونظرا لأهمية المواعيد ، سأتطرق إليها فيما يلي:

3 - المواعيد الاجرائية

يتحدد الميعاد الاجرائي بفترة زمنية لها بداية ونهاية[3] ، وتهدف المواعيد إلى تحقيق غايات معينة ، فقد ترمي إلى دفع الخصم للقيام بعمل معين ، حتى لاتبقى الخصومة بغير

نهاية ، كميعاد سقوط الخصومة[1] ، وقد ترمي إلى منح الخصم فترة زمنية كافية للقيام بعمل ، مثل ميعاد التكليف بالحضور.

والمشرع يحدد المواعيد الاجرائية تحديدا جامدا ، ولا يسمح للخصوم أن يتفقوا فيما بينهم على تعديل المواعيد[2].

وقد يمنح المشرع للقاضي حق تحديد المواعيد الاجرائية ، مثل ميعاد تأجيل القضية إلى جلسة معينة ، وقد يخوله سلطة منح ميعاد أو تقصيره ، كما هو الشأن بالنسبة للقضايا المستعجلة ، وتنقسم المواعيد إلى:

أ- مواعيد يجب أن تنقضي بأكملها قبل الحضور أو قبل القيام بالعمل ، وتسمى بالمواعيد الكاملة ، مثل ميعاد التكليف بالحضور.

ب -مواعيد الطعن ، والأصل فيها أنها مواعيد ناقصة ، بحيث يجب أن يتم العمل خلالها ، ولايمكن أن يستفيذ منها الخصم بكاملها[3].

غير أن المشرع قد خرج عن هذه القاعدة ، ونص على أن جميع المواعيد الاجرائية هي مواعيد كاملة ، وهذا ما تنص عليه المادة 405 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها ما يلي:

---

1 - انظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ2006/07/19 رقم 337111 الفرفة المدنية القسم الثالث إذ جاء فيه مايلي:
" حيث ينعي الطاعنان على القرار المطعون فيه بدعوى أنهما تمسكا بسقوط الخصومة إستنادا إلى أحكام المادة 220 من قانون الاجراءات المدنية على أساس أنه صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/01/29 وتم تبليغ هذا القرار إلى المطعون عليهما بتاريخ 1999/04/14 ولم يتم إعادة السير في الدعوى بعد النقض إلا بتاريخ 2001/11/04 وبالتالي تكون الخصومة قد مرت عليها أكثر من سنتين مما يجعلها تقع تحت حكم المادة 220 من قانون الاجراءات المدنية ، والقضاء خلاف ذلك يعد خرقا لقاعدة جوهرية في الاجراءات يعرض القرار المطعون فيه للنقض.
وحيث أن ما ينعيه الطاعنان على القرار المطعون فيه سديد وفي محله ، ذلك أن الخصومة القضائية إذا ركدت لمدة سنتين ، وسواء وقع هذا الركود أمام المحكمة الابتدائية أو أمام جهة الاستئناف أو بعد الاحالة من المحكمة العليا ، ولم يعد السير فيها بعد انقضاء عليها مدة سنتين تبدأ من آخر إجراء صحيح وقع فيها ، تعرضت للسقوط.
وحيث أن قضاة الموضوع عندما ذهبوا إلى القول أن سقوط الخصومة يتعلق فقط بالحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع ، أو عدم تنفيذ الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع مذهب خاطىء. ويعد ذلك خرقا لأحكام المادة 220 إجراءات مدنية التي تنص على أنه يجوز للمدعى عليه أن يطلب إسقاط الخصومة أو الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع ، مما يعرض قضاءهم للنقض. "

2 - وجدي راغب ، مبادئ الخصومة ، ص 43.

3 - ابراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 688.

" تحسب كل الآجال المنصوص عليها في هدا القانون كاملة ، ولا يحسب يوم التبليغ أو التبليغ الرسمي ويوم انقضاء الأجل...

وإذا كان اليوم الأخير من الأجل ليس يوم عمل كليا أو جزئيا ، يمدد الأجل إلى أول يوم عمل موالي ".

والمواعيد قد تحدد بالسنين أو الشهور أو الأيام أو الساعات[1] ، وإذا كان الميعاد محددا بالأيام ، فيحسب من ساعة صفر بعد منتصف الليل إلى منتصف الليل.

وإذا كان محددا بالشهور أو السنة ، فإنه يبدأ الحساب من اليوم التالي ثم تحسب الشهور أو السنة كاملة ، بصرف النظر عن عدد أيامها[2].

وتبعا لذلك إن كان الميعاد محددا بالأيام أو الشهور أو السنين أو الساعات ، فلا يدخل في حسابه اليوم الذي تم فيه العمل أو الساعة التي تم فيها العمل. ويبدأ الحساب في اليوم أو الساعة الموالية له. وكذلك لايدخل في الحساب آخر يوم من الميعاد أي أنه يجب أن ينظر إلى اليوم المقابل من الشهر التالي أو السنة[3].

إن المشرع يعتبر مواعيد الطعن مواعيد كاملة ، فلا يدخل في حساب الميعاد ، اليوم الأول الذي تم فيه العمل الاجرائي ولا اليوم الأخير من الميعاد[4].

---

1 - فتحي والي ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص 344.

2 - وجدي راغب ، مبادئ الخصومة ، ص 45.

3 - ابراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 690.

4 - انظر القرار رقم 223976 المؤرخ في 08 مارس 2000 الصادر عن الغرفة المدنية ، القسم الأول بالمحكمة العليا حيث جاء فيه مايلي:

" حيث أنه وكما هو ثابت من محضر التبليغ فإن الطاعن قد بلغ بالقرار المطعون فيه يوم 1998/11/10 بينما لم يرفع الطعن أمام المحكمة العليا إلا يوم 1999/02/23.

وحيث أن مواعيد الطعن هي مواعيد كاملة ، طبقا لما تنص عليه المادة 463 من قانون الاجراءات المدنية على أن جميع المواعيد المنصوص عليها في هذا القانون تحتسب كاملة وإن صادف آخر الميعاد يوم عطلة امتدإلى أول يوم عمل يليه.

وبناء على ذلك فلا يحسب من الميعاد اليوم الأول والأخير منه ، بمعنى أنه يجب أن ينقضي على الميعاد شهران كاملان ، بحيث لايحسب اليوم الذي وقع فيه التبليغ ويحسب ميعاد الشهرين من يوم الذي يليه وهو يوم 1998/11/11 ومن ثمة يكون آخر يوم ميعاد 1999/01/10 فيمتد الميعاد إلى اليوم الذي يليه وهو 1999/01/11.

في حين الطعن بالنقض لم يرفع إلا يوم 1999/02/23 ومن ثمة جاء خارج الأجل القانوني المنصوص عليه بالمادة 235 من قانون الاجراءات المدنية ، مما يتعين التصريح بعدم قبوله."

ولهذا إذا بلغ الحكم يوم 15 يناير ، فإن ميعاد الاستئناف يبدأ سريانه يوم 16 يناير وآخر يوم من الشهر هو يوم 15 فيفري ، فيدخل في الحساب ، ويمتد الميعاد إلى اليوم الذي يليه وهو يوم 16 فيفري لأن الخصم يجب أن يستفيد من الميعاد بالكامل أي بشهر كامل.

ويثير حساب الميعاد مشكلة بالنسبة لأيام العطل الرسمية والأعياد الوطنية أو الدينية ، على اعتبار أن الخصم لايمكن له قانونا أن يقوم بعمل اجرائي أثناء العطلة الرسمية وهي قد تأتي في بداية الميعاد أو أثنائه أو في آخر يوم من أيام الميعاد ، فإذا جاء يوم العطلة في بداية الميعاد أو أثنائه فلا أثر له في سريانه.

أما إذا وقعت العطلة في آخر يوم من أيام الميعاد فيمتد إلى أول يوم عمل يليه[1] ، وهي القاعدة التي تطبق على جميع المواعيد سواء كانت مقررة بالساعات أو الأيام أو الشهور أو السنين.

4 - ميعاد المسافة

قد ينص القانون على أن تضاف إلى الميعاد الأصلي ميعاد مسافة ، حتى يستفيد الخصم بالميعاد المقرر لفائدته كاملا.

1 . انظر القرار الصادر بتاريخ 2011/03/17 رقم 654530 عن المحكمة العليا ،الغرفة المدنية ، القسم الثالث ، غير منشور ، حيث جاء فيه ما يلي: حيث أن الطاعن يعيب على القرارالمطعون فيه بدعوي أن ميعاد الأستئناف هو 15 يوما طبقا للمادة 190 من قانون الأجراءات المدنية ،فى حين أن القرار المطعون فيه ، بلغ للمطعون عليه يوم 2008/12/24 بينما الأستئناف تم رفعه يوم 2009/01/10 فيكون بدلك الأستئناف قد وقع خارج الاجل القانوني ،و أن قضاء الأستئناف عندما صرحوا بقبوله قد خرقوا المادة المذكورة اعلاه ،مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض.
غير أن ما يعيبه الطاعن على القرارالمطعون فيه فى غير محله ، ذلك أنه واستنادا إلى احكام المادة 463 من قانون الإجراءات المدنية التى تنص على أن جميع المواعيد المنصوص عليها تحسب كاملة ، وأن صادف آخر الميعاد يوم عطلة امتد اليوم الذي وقع فيه التبليغ إلى يوم عمل يليه. وتبعا لذلك فإن التبليغ قد وقع يوم 2008/12/24 ،ومن ثمة يبدأ حساب ميعاد 15 يوما انطلاقا من يوم 2008/12/25 ، ويكون آخر يوم من الميعاد وهو 2009/01/08 فلا يحسب ، ويحسب اليوم الموالي له وهو يوم 2009/01/09 وهو يوم الجمعة فيمتد إلى أول يوم عمل يليه وهو يوم 2009/01/11 وبذلك يكون الطعن بالأستئناف قد وقع ضمن الأجل القانوني.

ويتحدد ميعاد المسافة بين المكان الذي يجب أن ينتقل منه الشخص المستفيد من الميعاد ، والمكان الذي يجب عليه الحضور فيه أو القيام فيه بالعمل القانوني [1].

ولايضاف ميعاد المسافة لمن كان موطنه في الجزائر ويضاف فقط ميعاد المسافة لمن كان موطنه خارج الجزائر ،

وكان القانون القديم يحدد ميعاد المسافة حسب البلد الذي يقيم فيه الخصم ، فإذا كان يقيم في تونس أو المغرب فيمتد الميعاد إلى شهر واحد وإذا كان يقيم في بلاد أجنبية أخرى ، فيمتد الميعاد إلى شهرين ، ويضاف ميعاد المسافة إلى الميعاد الأصلي ولو كان يتم حسابه بالساعات أو الشهور.

ويضم ميعاد المسافة إلى الميعاد الأصلي ليكونان في النهاية ميعادا واحدا يحسب طبقا لطريقة حساب أي ميعاد ، سواء كان ميعاد التكليف بالحضور أو ميعاد طعن ، فبالنسبة للشخص المقيم خارج الوطن ، يمدد أجل التكليف بالحضور إلى ثلاثة شهور ، والمشرع استعمل عبارة يمدد ولم يستعمل عبارة يحدد الميعاد وبالتالى يكون ميعاد التكليف بالحضور لمن يبلغ فى الخارج من الميعاد الاصلي هو 20 وميعاد المسافة فهو ثلاثة أشهر ،ليكونان معا ميعادا واحد و هو ثلاثة أشهر وعشرون يوما.

ويمدد ميعاد المسافة بالنسبة لمواعيد الطعن لمده شهرين سواء تعلق الميعاد بميعادالمعارضة أو الأستئناف أو الطعن أو التماس إعادة النظر وبذلك يكون الميعاد من الميعاد الأصلي زائد ميعاد المسافة.

ويعد الإعلان القضائي من الأعمال المكونه للخصومة ، وهي المسألة التى اتطرق اليها فيما يلي:

---

1 - ابراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 691.

المبحث الثالث
فى إعلان الأوراق القضية

تمهيد و تقسيم

تنص المادة 5/1[1] من القانون المتعلق بتنظيم مهنة المحضر القضائي ، على ما يلي:

" المحضر ضابط عمومي يتولى تبليغ المحررات و الإعلانات و الإشعارات التي تنص عليها القوانين و التنظيمات ، عندما لا ينص القانون على خلاف ذلك "

إن المحضر القضائي هو الذي يضطلع بمهمة إعلان الأوراق القضائية و إذا قام بها شخص آخر غير المحضر ، وقع الإعلان باطلا [1] .

ويكتسي الإعلان القضائي إي التبليغ الرسمي أهمية خاصة ، فبواسطته تنعقد الخصومة و بدونه يصبح العمل الإجرائي منعدما ،و به تبدأمواعيد الطعن فى السريان وغيرها من الآثار القانونية المترتبة عليه .

ونظرا لأهمية هذا الإجراء ، فقد تولى قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنظيم وتحديد البيانات الواجب توافرها فيه و خطواته و تحديد الأشخاص الذين يتولون المشاركة في هذه العملية و الآثار المترتبة عليه.

وتبعا لذلك تقتضي منا دراسة موضوع إعلان الأوراق القضائية أى تبليغها ، تقسيم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

---

1 - يقصد بالأوراق القضائية تلك المحررات التي يحررها المحضر القضائي و التي تتعلق بالأعمال الإجرائية ، مثل التكليف بالحضور إلى الجلسة ، سواء كان ذلك أمام المحكمة الابتدائية أو جهة الاستئناف ، و كذا تبليغ الأحكام القضائية و جميع الأوراق الأخرى التي ينص القانون عليها.

المطلب الأول: التعريف بالإعلان و خصائصه

المطلب الثاني: بيانات ورقة الإعلان القضائي

المطلب الثالث: أجراءات انعقاد الخصومة

المطلب الرابع: الآثار المترتبة عن الإعلان القضائي

وإلى تفصيل هذه المسائل فيما يلي:

المطلب الأول
تعريف الإعلان القضائي و خصائصه

سأتطرق فى هدا المطلب إلى تعريف الاعلان القضائي فى الفرع الأول وخصائصه في الفرع الثاني و ذلك علي الوجه التالي:

الفرع الأول
تعريف الأعلان القضائي

يعتبر الإعلان القضائي وسيلة علم شخص (إعلام الشخص) بما يتخذ ضده من إجراءات ، فهو يهدف إلى إيصال أمر أو واقعة ثابتة به إلى علم شخص معين ، على يد ضابط عمومي ، أو بأي طريق آخر يحدده القانون[1].

وينصرف مفهوم الإعلان إلى تبليغ عرائض افتتاح الخصومة و الأحكام القضائية والطعون وتعجيل سير فى الدعوى بعد الوقف أو الانقطاع أو الشطب وتوجيه الإنذار

1. نبيل اسماعيل عمر ، إعلان الأوراق القضائية ، منشأة المعارف ط 1 ، سنة 1971 ، ص 12 .

والتنبيه وكل ورقة قضائية يراد إيصالها إلى علم الخصم ، التي تعلن على يد المحضر القضائي [1] .

وإن تم الإعلان (التبليغ) وفق الشكل الذي يتطلبه القانون ، فلا يجوز الادعاء بعدم العلم ، لأن القانون إذا تطلب التبليغ وقف الشكل القانوني يفترض العلم القانوني ، دون الاعتداد بالعلم الواقعي [2].

وعندما يفترض القانون أن يتم إعلان (التبليغ) الشخص عن طريق المحضر القضائي في مسألة معينة ، فيعتبر الوسيلة الوحيدة لهذا العلم ، كما هو الشأن بالنسبة لتبليغ الأحكام القضائية أو انعقاد الخصومة ، لا تتم الاعن طريق التكليف بالحضور [3] ، ولا تبدأ مواعيد الطعن فى السريان إلا بالتبليغ وتبعا لذلك ، فلا يجوز – عند عدم القيام به أو نفيه – الاستعاضة عنه بالعلم الواقعي ، أو تكملته بشهادة الشهود [4] .

هذا فيما يتعلق بتعريف الإعلان ، والآن أنتقل إلى دراسة خصائصه كما يلي:

الفرع الثاني
خصائص الإعلان القضائي

يتميز الإعلان القضائي بعدة خصائص و أهمها كما يلي:

1. أنور طلبة . موسوعة المرافعات المدنية ، ط 12 ، ص 93 .
2 - فتحي والي ، الوسيط المرجع السابق ، ص 372.
3 .تنعقد الخصومة القضائيةكأصل عام بواسطة التكليف بالحضور غير أنه قد تنعقد بغير التكليف بالحضور إذا حضر المدعى عليه . و قبل ذلك صراحة أو ضمنا ، وذلك طبقا لما تنص عليه المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التى تقابل المادة 28 من القانون القديم.
4 .نبيل اسماعيل عمر . الإعلان . ص 12

1- ورقة الإعلان ورقة شكلية:

يقصد بورقة الإعلان القضائي ورقة شكلية ، أن القانون هو الذي يتولي تحديد الوسيلة التى يتم تحريرها بها أي يبين الموظف المختص الذي يقوم بتحريرها والبيانات الواجب توفرها وتبعا لذلك يختص بتحريرها ضابط عمومي وهو المحضر القضائي أو شخص آخر مؤهل لذلك كذلك ادارة البريد في أحوال معينة يحددها القانون .

وإذا كان القانون المدني يسود فيه مبدأ سلطان الإرادة فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية يسود فيه مبدأ شكيلة العمل الاجرائي ، بحيث تتم جميع أوجه النشاط الاجرائي طبقا للوسيلة التي يحددها القانون. فالاعلان باعتباره واحدا من الأعمال الإجرائية ، فيخضع إلى الوسيلة التي يحددها القانون ، يقوم بتحريره شخص معين مؤهل لذلك .وهو المحضر القضائي - ، مع تحديد البيانات الواجب توافرها فيه.

إن ايصال العلم إلى شخص بما يتخذ ضده من الإجراءات امر لم يتركه القانون لحرية طالب الإعلان بان يقدم باعلان خصمة بأية وسيلة التي يختارها ، بل فرض عليه وسيلة معينة ذلك أن وسيلة ايصال العلم إلى المعلن اليه قد تتعدد فيمكن اعلامه بأية طريقة التي يختارها ، فيمكن ايصال اليه العلم كتابة أو شفاهة ، أو عن طريق الهاتف أو بأية وسيلة الاتصال الحديثة كالفاكس أو الانترنت أو عن طريق الإدارة ، كل هذه الوسائل يمكن أن يتم ايصال العلم بها إلى المعلن اليه لكن المشرع لم يعتد بكل هذه الوسائل ، بل اختار وسيلة واحدة و هي أن يتم الإعلان القضائي عن طريق المحضر القضائي فاذا لم يتدخل المشرع لفرض وسيله معينه على طالب الإعلان فيكون بذلك قد اختار الواقعة القانونية في مضمونها ، أي اقتصر على تحديد مضمون العمل القانوني ، وتبعا لذلك يكون الشخص حرا في اختيار الوسيلة (الشكل) التي يراها هو مناسبة لإيصال العلم إلى المعلن اليه وهو الأصل العام .

غير أن المشرع قد يخرج عن هذا الأصل ، بحيث لا يقتصر على تحديد العمل القانوني في مضمونه بل يتعداه إلى تحديد وسيلة تحقيق مضمون هذا العمل ، ومن الاعمال القانونية التى لا يقتصر المشرع عن تحديد مضمون العمل الاجرائي بل يتعداه إلى تحديد وسيلة تحقيق هذا المضمون الاعلان القضائي فيشرط في هذا الاعلان أن يتم تحريره من قبل المحضر القضائي وأن يحرره طبقا للبيانات التي يحددها .

ويترتب عن تخلف الشكل الذى يتطلبه القانون فى الإعلان القضائي بطلانه.

وبذلك يتميز الإعلان القضائي باعتباره واحدا من الاعمال الاجرائية بأنه يخضع إلى الشكل القانوني لان المشرع لم يترك حرية ايصال العلم إلى المعلن اليه وانما فرض على طالب الاعلان أن يتقيد بوسيلة محددة التى يحددها القانون حتى أن ينتج الآثار القانوية التي تترتب على الاعلان القضائي .

وتبعا لذلك ، يعد الاعلان القضائي ورقة شكلية وإلى جانب ذلك فهي تعد ورقة رسمية ، تلك هي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

2 - ورقة الإعلان ورقة رسمية:

فيجب التميز في هذا الصدد بين الشكلية والرسمية ، فإذا كانت الشكلية تعبر عن مفهوم اوسع من الرسمية ، غير أن هذه الأخيرة تعد احدى صور الشكلية ، فقد يشترط المشرع لانعقاد عقد معين أن يتم تحريره كتابة. فينعقد العقد سواء تم عن طريق الكتابة العرفية أو الرسمية.

غير أنه وفي بعض الأحيان يشترط المشرع لانعقاد العقد أن يتم تحريرة عن طريق موظف عمومي أو ضابط عمومي كعقد بيع العقار ، فيجب تحرير العقد بمعرفة الموثق ، وبالتالي تصبح الكتابة الرسمية هي الشكل القانوني الذي يتطلبه القانون لانعقاد العقد ، فإذا تم تحرير عقد بيع العقار عرفيا أصبح هذا التصرف باطلا بطلان مطلقا لتخلف الشكل الذي يتطلبه القانون.

وتبعا لذلك تعتبر ورقة الإعلان ورقة رسمية ، لإن القانون يتطلب أن يتم تحريرها من قبل ضابط عمومي وهو المحضر القضائي ، ولكي تأخذ الورقة صبغتها الرسمية ، يجب أن يوقع عليها المحضر القضائي ، ومن ثمة تثبت لها قوة إثبات المحررات الرسمية ، فتعتبر صحيحة بما ورد بها من البيانات ، ولا يمكن الطعن في صحتها إلا عن طريق الطعن فيها بالتزوير[1].

1 - نبيل إسماعيل عمر ، الإعلان ، ص 42 .
- محمد تقي الدين كامل ، أوراق المحضرين ، ص 10 .

غير أن هذه البيانات تقتصر فقط على البيانات التي يتطلبها القانون في الورقة، وقام المحضر القضائي بمباشرتها بنفسه أو تلك التي تقع من ذوي الشأن في حضوره و يدركها بسمعه وبصره [1].

اما البيانات التي ترد على لسان ذوي الشأن التي يقوم المحضر بتدوينها في المحضر كتلقيه تصريح من شخص أنه هو ابن المعلن اليه أو زوجه ويقوم بتدوينه في المحضر، هذه التصريحات التي تأتي على لسان ذوي الشأن ويقوم المحضر بإثباتها في المحضر، فلا تحتاج إلى الطعن فيها بالتزوير، بل يمكن للمعلن اليه أن يقوم بإثبات عكس ما دون فى المحضر بأن مستلم الاعلان ليس بابنه أو زوجه.

3 - تكافؤ بيانات ورقة الإعلان:

يخضع الإعلان القضائي إلى بعض الخصائص التي تخضع لها الأوراق الإجرائية، وهي أنها تتكون من البيانات تخضع إلى أحكام عامة، ويهدف كل بيان إلى تحقيق غاية معينة، ومن ثم يرتبط هذا البيان وجودا و عدما بتلك الغاية، وتبعا لذلك تخضع ورقة الإعلان إلى مبدأ تكافأ بيانات ورقة الإعلان.

ويقصد بذلك تعادل الأشكال القانونية، فإذا خلت الورقة من بيان معين أو حدث نقص أو خطأ فيه. فيجوز تصحيح هذا البيان أو تكملته ببيان آخر مرادف له ولكن بشرط أن يكون ثابت في نفس الورقة، ويستجيب هذا المبدأ إلى فكرة مرونة الشكل و الاقتصاد في الإجراءات [2].

---

1 - انظر القرار الصادر بتاريخ 2000/04/05 رقم 221553 عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية القسم الأول، حيث جاء فيه فيه ما يلي:
" حيث أنه يتبين مما سبق أن ما ذهب إليه قضاة الموضوع، من اعتبار أن المحرر المشهر للحيازة هو محرر رسمي لا يمكن الطعن فيه إلا عن طريق التزوير، و هو مذهب خاطئ، و يخالف أحكام المادة 224 مكرر من القانون المدني
حيث لم يفرقوا بين البيانات التي تضمنتها الورقة الرسمية، منها ما تثبت لها الحجية في الإثبات حتى يطعن فيها بالتزوير، و ذلك فيما دون فيها من وقائع قام بها الموثق في حدود اختصاصه و وقعت من ذوي الشأن في حضوره ومنها ما تثبت لها هذه الحجية، حتى يقوم الدليل على العكس، وذلك ما يقوم بإثباته الموثق في الورقة الرسمية، باعتباره واردا على لسان ذوي الشأن من البيانات. فيعتبر ذلك صحيحا حتى يثبت صاحب المصلحة عكسه، طبقا للطرق المقررة في قواعد الإثبات "

2 - نبيل اسماعيل عمر، الإعلان، ص 38.

ولتطبيق هذا المبدأ يجب أن يوجد بيان مرادف للبيان الناقص يؤدي إلى تحقيق نفس الغاية التي يهدف إليها المشرع . و يجب أن يرد البيان في نفس الورقة أو ورقة أخرى ملحقة مع الورقة المعيبة [1].

ومن البيانات الجوهرية التي يجب ذكرها في ورقة الإعلان ذكر اسم و لقب المحضر القضائي ، ومع ذلك .وكما يري الفقة .يكون الإجراء صحيحا ، ولو لم تتضمن الورقة اسم ولقب المحضر ما دامت حاملة توقيعه [2].

ومن البيانات التي يتطلبها القانون لصحة الحكم القضائي باعتبارها من أوراق الإجراءات . أن يتضمن بيانا يفيد أنه تم تبليغ ملف القضية إلى النيابة العامة ، إذا تعلقت بإحدى القضايا التي ورد تعدادها في المادة 260 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، فما دام ورد في نفس الحكم أن النيابة العامة قد قدمت طلباتها الشفوية فيغني ذلك عن البيان السابق.

غير أن مبدأ التكافؤ لا يعمل به على إطلاقه ،فمثلا لا يقوم أي بيان مقام توقيع القاضي على الحكم أو المحضر القضائي على محضر التبليغ ، لأن التوقيع هو الذي يعطي الصفة الرسمية لهذه الأوراق [3].

كذلك أن الأصل في أوراق الإجراءات ان تحتوي على البيانات الدالة على صحتها ، فلا يقبل تكملة النقص الذي يلحقها بورقة أخرى إلا إذا كانت ملحقة بها [4].

---

1 - انظر القرار الصادر بتاريخ 1 جويلية 1998 رقم 169603 عن المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، القسم الأول ، غير منشور ، إذا جاء فيه مايلي:
" من أن الطعن الموجه إلى قرار مؤيد لحكم إبتدائي في أسبابه ، هو في حقيقة الأمر طعن موجه إلى الحكم الابتدائي ، وبالتالي لا يمكن النظر فيه إلا مع الصورة الرسمية لهذا الحكم الذي هو متمم للقرار المطعون فيه ، مكونا معه كلا غير قابل للتجزئة ، ومن ثمة فإن مفهوم النسخة الرسمية ، تنصرف إلى الحكم الابتدائي المؤيد بالقرار المطعون فيه.
وحيث أنه كما هو ثابت من ملف القضية ، أن الطاعن قدم نسخة غير رسمية من الحكم الابتدائي المؤيد بالقرار المطعون فيه ، مما يعد ذلك مخالفة لأحكام المادة 241 من قانون الاجراءات المدنية يتعين معه التصريح بعدم القبول".
- أنظر القرار الصادر بتاريخ 06/05/ 1998 رقم 165506 عن المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، القسم الثاني ، غير منشور.
2 - نبيل اسماعيل عمر ، الإعلان ، ص 39 .
3 - أحمد هندي ، أصول المحاكمات ، ص 241.
- نبيل اسماعيل عمر ، الإعلان ، ص 45 .

كما إذا أعلنت العريضة الافتتاحية للدعوى وملحق بها سند ملكية العقار المتنازع عليه. فيجوز في هذه الحالة تكملة النقص الوارد بها فيما يتعلق بتحديد موضوع الطلب القضائي من خلال سند الملكية.

كما أنه لا يجوز الإحالة على التحقيق لاثبات وقوع الاجراء على نحو صحيح فلا يقبل هذا الدليل لإثبات صحتها مهما بلغت قوة هذا الدليل . فإذا خلت الورقة مثلا من البيان المتعلق بالتاريخ فلا يجوز للخصم أن يلجأ إلى إثباته بأي دليل من أدله الإثبات ، كأن يثبت أنه تم إعلان الخصم بالحكم في تاريخ معين حتى ولو أقر الخصم بصحة هذا التاريخ ، لانه إذا خلت الورقة من التاريخ زالت كورقة من أوراق الإجراءات [1] .

وبعد أن إنتهينا من بيان خصائص ورقة الإعلان أنتقل إلى دراسة البيانات الخاصة التي تتكون منها ورقة الإعلان ، وذلك على الوجه التالي:

المطلب الثاني
بيانات ورقة الإعلان العامة

يعد الإعلان واحدا من الأوراق القضائية التى يختص بها المحضر القضائي ، ومن أهم الأوراق القضائية هي تلك التي تتعلق بخصومة قضائية كتبليغ عرائض افتتاح الخصومة أو الطعون أو تلك التي ينص عليها القانون على تبليغها كالأحكام القضائية .

ويلتزم المحضر القضائي بتحرير الأوراق القضائية التي يتم إعلانها ، و ذلك ما تنص عليه المادة 14 من القانون المتضمن تنظيم مهنة المحضر حيث جاء فيها ما يلي:

"يتعين على المحضر القضائي أن يحرر العقود و السندات باللغة العربية ..."

---

1 - محمد نصر الدين كامل ، أوراق المحضرين ، ص 36 .

وبناء على ذلك تقع المسؤولية على عاتق المحضر على أي نقص أو عيب يلحق ورقة الإعلان القضائي [1] ، أن معظم بيانات أوراق الإجراءات ورد ذكره في المادة 18 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وبيانات ورقة الإعلان أنواع مختلفة ، وكل نوع يهدف إلى تحقيق غاية خاصة به.

إذن ما هي هذه البيانات التي تسيطر على ورقة الاعلان .

وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

1 - تاريخ الإعلان:

يجب أن يذكر في الإعلان بيان اليوم و الشهر و السنة و الساعة التي وقع فيه الاعلان ، و يقوم المحضر القضائي بنفسه بتحرير هذا البيان عند تسليم نسخة من الإعلان.

والغاية من ذكر التاريخ ، هو التحقق من صحة الإعلان وأنه تم في وقت يجوز فيه إجراؤه [2] ، وهذا مانصت عليه المادة 416 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، من أنه:

" لا يجوز إجراء أي تبليغ أو تنفيذ قبل الساعة الثامنة صباحا ولا بعد الساعة الثامنة مساء ، ولا أيام العطل الا في حالة الضرورة ، وبعد اذن من القاضي "

وتترتب مجموعة من الآثار القانونية ، على الإعلان منها تحديد سريان العديد من المواعيد كميعاد التكليف بالحضور ، أو ميعاد سريان الطعن ، أو سريان الفوائد.... [3]

ويهدف كل بيان من البيانات الخاصة بتاريخ الإعلان إلى تحديد غاية معينة ، فتحديد اليوم الذي وقع فيه الإعلان ما إذا وقع في يوم عمل أم يوم عطلة رسمية ، فإذا وقع فيها وقع باطلا ، لأن المشرع لا يريد ازعاج الشخص فى يوم عطلته ، سواء كانت عطلة أسبوعية أو أيام الاعياد الرسمية.

---

1 - أحمد هندي ، المرجع السابق ، ص 250.

2 - نبيل اسماعيل عمر ، الإعلان ، ص 43.

3 - أحمد هندي ، المرجع السابق ، ص 250.

أما تحديد ساعة الإعلان فيهدف إلى تأكيد وقوع الإعلان ما بين الساعة الثامنة صباحا والثامنة مساء ، إن الإعلان الذي وقع في يوم عطلة رسمية أو خارج ساعة العمل يقع باطلا لنفس العلة التى سبقت الأشارة اليها [1].

ويحدد التاريخ عادة بالكتابة والأرقام معا ، غير أنه قد يتم ذكر أحدهما دون الآخر ، فإن فيكفي ذلك لتحقيق الغاية وقد يقع الاختلاف بين الكتابة والأرقام ، فالعبرة بما كتب بالألفاظ الكاملة [2].

وقد يقع في العمل أن يذكر اسم اليوم لكنه غير مطابق للتاريخ المذكور في ورقة الإعلان ، فما هو الحل ؟

إن العبرة بالتاريخ ما لم يتبين من ظرف الحال غير ذلك [3].

وإذا لم يتم ذكر التاريخ بالورقة ، فلا يجوز إثباته بدليل من أدلة الإثبات ، مهما بلغت قوة هذا الدليل ، ويؤدي إلى تخلفه بطلان ورقة الإعلان بطلانا مطلقا [4].

2 . طالب الإعلان:

تنص المادة 18 من قانون الإجراءات المدنية و الآدارية على وجوب ذكر اسم و لقب ومهنته وموطن مقدم الطلب في ورقة الإعلان .

والهدف من ذكر هذه البيانات هو تحديد شخصية طالب الإعلان ، وهي تكمل بعضها البعض طبقا لمبدأ التكافؤ لبيانات الورقة ، والغاية من كل ذلك هو تحديد شخصيه طالب الاعلان تحديدا كافيا نافيا للجهالة [5].

---

1 - نبيل اسماعيل عمر ، الإعلان ، ص 44.

2 - نبيل اسماعيل عمر ، الإعلان ، ص 44.

3 - نبيل اسماعيل عمر ، الإعلان ، ص 45.

4 .نبيل اسماعيل عمر ، الإعلان ، ص 45.

5 - أنظر القرار الصادر بتاريخ : 1998/05/06 رقم 165497 عن المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، القسم الأول ، غير منشور ، حيث جاء فيه ما يلي : " إن كل طلب قضائي يفترض وجود شخصين أو أشخاص ، و يجب تعيينهم تعيينا كافيا ، و حيث أن تعيين أشخاص الطلب ، لا يكون إلا بذكر أسمائهم و ألقابهم و مهنهم و مواطنهم ، و أن عدم ذكر ذلك ، و الاكتفاء بذكر ورثة فلان يؤدي إلى تجهيل بالخصم ، يترتب عليه بطلان العمل الإجرائي ، مما ينجر عليه بطلان القرار المطعون فيه "

وإذا تعدد المدعون وجب ذكر البيانات الخاصة بكل واحد منهم فإذا كانت عريضة افتتاح الخصومة تجهل بأحدهم ، بطلت بالنسبة للجميع ، إن كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة ، وأما إذا كان موضوع الدعوى قابلا للتجزئة بطلت بالنسبة له [1].

أما إذا كان الأمر متعلقا بشخص اعتباري ، كما لو كان الإعلان متعلق بعريضة افتتاح الخصومة أو الطعن مرفوع من إحدى الإدارات أو المؤسسات والهيئات العمومية ، يجب ذكر بالبيانات الخاصة بالشخص المعنوي ، وذلك بذكر التسميه و طبيعة الشخص المعنوي ومركز نشاطه الرئيسي ، وإلى جانب ذلك ذكر البيانات الخاصة بمن يمثله ، لأن الصفة في الدعوى تثبت دائما للشخص المعنوي ، فهو صاحب الحق في الدعوي ، في حين تثبت لممثل الشخص المعنوي الصفة الإجرائية وهناك فارق بين الصفة فى الدعوي والصفة الإجرائية وما يترتب على التميز بينهما من الآثار القانونية .

وقد يكفي ذكر صفة ممثل الشخص المعنوي ، كما هو الشأن فيما إذا رفعت الدعوى من وزارة الصحة أو التربية ، فيكفي ذكر صفة من يمثلها مثل وزير الصحة أو التربية ، لأن ذلك لا يؤدي إلى التجهيل بالشخص المعنوي ، و لا إلى الالتباس بين الصفة في الدعوى والصفة الإجرائية.

أما إذا كان طالب الإعلان شركة أو مؤسسة ، فيجب ذكر البيانات الخاصة بكل من الشخص المعنوي ، والشخص الذي يمثله ، وهذا ما أكدت عليه المادة 4/15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، إذ تنص على أن تتضمن عريضة افتتاح الخصومة الاشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي + صفة ممثلة القانوني.

وقد اتجه رأي إلى اعتبار أن الخطأ أو الاغفال الذي يعتري اسم الممثل عن الشخص المعنوي ، لا يترتب على ذلك أي بطلان ، ما دامت البيانات الخاصة بالشخص المعنوي متوافرة [2].

غير أن ذلك لا يكفي ، فيجب على ممثل الشخص المعنوي أن يقدم ما يثبت صفته امام الجهة القضائية لممثل الشخص المعنوي.

---

1 - نبيل اسماعيل عمر ، الإعلان ، ص 47.
- الأنصاري حسن النيداني ، المرجع السابق ، ص 43.
2 - محمد نصر الدين كامل ، المرجع السابق ، ص 25.

أن ذلك كله يجب أن يخضع إلى الأصل العام الذي يقضي على أنه لا يترتب أي بطلان عن نقص بيان من البيانات ورقة الاعلان . إذا كان ذلك لا يؤدي إلى التجهيل بالخصم[1].

أما إذا تخلف بيان من البيانات الورقة من شأن ذلك أن يؤدي إلى التجهيل بالشخص المعنوي أو بمن يمثله . مما يثير الشك لدى الخصم الآخر انجر عنه بطلان ورقة الإعلان.

ومدى كفاية تلك البيانات . ما إذا كانت تجهل بالخصم من عدمه . هي مسألة خاضعة إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع . فلا رقابة عليه من قبل المحكمة العليا.

ويجب أن تتوافر لدى طالب الإعلان أهلية الإختصام والأهلية الإجرائية . فإن تخلفت أهلية الاختصام أوالأهلية الإجرائية أدى ذلك إلى بطلان الاعلان.

وإذا وجه الإعلان من شخص لا يتمتع بأهلية الاختصام كما إذا توفي المعلن قبل تمام الإعلان ، ترتب على ذلك بطلان الإعلان ، أما إذا توفى المعلن بعد تمام الإعلان ، ففي هذه الحالة تنعقد الخصومة القضائية ، لكن يترتب على الوفاة بعد انعقاد الخصومة انقطاعها فيجب أن يعاد السير فيها من ذوي الصفة و هم الورثة.

هذا بعدما تطرقت إلى طالب الإعلان ، وانتقل الآن إلى التطرق إلى المعلن إليه وذلك على التفصيل التالي:

3 - المعلن إليه :

المعلن إليه هو الشخص الذي يجب أن يتلقى الاعلان شخصيا كالمدعي عليه في الدعوى المرفوعة عليه فيجب ذكر اسمه ولقبه وموطنه ، فإذا لم يكن له موطن معلوم وقت الإعلان ، وجب ذكر آخر موطن له ، وذلك ما تقضي به الماده 3/15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

---

1 - غير ان نظام البطلان فى القانون الجديد ، يخضع الى مبدأ عام ، وهو لا يقضي بالبطلان ما لم يكن منصوص عليه صراحة فى القانون ، و إلى جانب ذلك أن يثبت من يتمسك بالبطلان أنه لحق به ضرر.

وإذا وجه الإعلان إلى الأشخاص الاعتبارية سواء كانوا أشخاصا عامين أو خاصين أن يوجه الإعلان إلى ممثله القانوني كما كان تنص عليه المادة 467 من قانون الإجراءات المدنية السابق.

في حين أن المادة 4/18 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على أنه يجب أن تتضمن ورقة الاعلان الأشارة إلى تسمية + طبيعة الشخص المعنوي ومقره الإجتماعي وصفة ممثلة القانوني أو الاتفاقي.

كما تضيف المادة 3/408 من نفس القانون على:

" يتم التبليغ الموجة إلى الإدارات والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية إلى الممثل المعين لهذا الغرض وبمقرها ".

وما ذهب اليه المشرع في هذا السياق غير دقيق لان الاعلان دائما يوجة إلى ممثل الشخص المعنوي ، وأن ما يجب أن تتضمنها عريضة افتتاح الخصومة هو اسم الشخص المعنوي وطبيعته و مقره الاجتماعي وصفه ممثله القانوني ومثال على ذلك عندما يرفع المدعي دعوى على مؤسسة عمومية ولتكن الشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية كمدعى عليها فيجب أن يذكر اسم المؤسسة وهي الشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية وذكر موطنها ويتحدد بمركز نشاطها الرئيسي وممثلها القانوني أن يذكر صفته مثل ممثلة في شخص مديرها العام .

وتبعا لذلك يكفي لصحة الإعلان ، أن يوجه إلى وزير الصحة أو إلى والي ولاية كذا مثل والي ولاية الجزائر ، أو إلى رئيس المجلس الشعبي لبلدية كذا أو إلى المدير العام لشركة فلان أوإلى الأمين العام لنقابة كذا أوالى رئيس الجمعية ، دون اشتراط ذكر اسم ممثل الشخص المعنوي بل يكفي ذكر صفته كما بينا ذلك.

غير أنه يجب ذكر البيانات الخاصة بالشخص المعنوي وإلى جانب ذلك ذكر صفة الممثل القانوني ، لأن الإعلان يجب أن يوجه إلى الشخص المعنوي ممثلا في شخص نائبة القانوني.

إن جميع الاعلانات يجب أن توجه إلى الخصم نفسه ، وهو يعد ركن فى العمل القانوني ، وتخلفه يترتب عليه البطلان.

في حين ان تسلم الاعلان ، قد يتسلمه الخصم نفسه ، أو شخص آخر يجيز القانون أن يستلم الاعلان وجدير بالملاحظة فإن المادة 2/408 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على ما يلي: " يتم التبليغ الرسمي الموجه إلى الإدارات والجماعات الاقليمية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية إلى الممثل المعين لهذا الفرض وبمقرها.

يجب أن يوجه الإعلان إلى ممثل الشخص المعنوي . أما مستلم الاعلان قد يكون ممثل الشخص المعنوي نفسه أو إلى الشخص المعين لهذا الفرض . فيجب على المحضر القضائي أن يحمل ورقة الاعلان وأن يتوجة بها إلى المقر الاجتماعي للمؤسسة يسلمها اما إلى ممثل الشخص المعنوي أو إلى الشخص المعين لهذا الفرض كما تقضي بذلك المادة 3/408 المشار اليها سابقا .

ويتحقق من شخصية مستلم الاعلان اما أن يكون ممثل الشخص المعنوي أو الشخص المؤهل لذلك . ولذلك يجب التميز بين مستلم الاعلان ما إن كان هو الخصم نفسه أم أنه شخص آخر من فئة الأشخاص المؤهلين لاستلام الاعلان.

إن القانون الجديد قد أغفل ذكر الأحكام الخاصة بفاقد الأهلية وناقصها عندما ترفع الدعوى عليهما ، وطبقا لأحكام القواعد العامة التي تقضي بأن توجه كافة الاعلانات إلى ممثل فاقد وناقص الأهلية و إن الاهلية المتطلبه فى مستلم الاعلان يكفي أن يكون مميزا حسب الرأي المستقر فى الفقة والقضاء . ولا يتطلب في المستلم الاعلان أن تتوافر لديه أهلية الاداء.

فى حين أن القانون الجديد قد نص فى الماده 2/410 على ما يلي:

"يجب أن يكون الشخص الذي تلقى التبليغ متمتعا بالاهلية ، والاكان التبليغ قابل للابطال "

ويقصد بالاهلية في هذا الصدد أهلية الأداء وهذا الحكم يتناقض مع ما استقر عليه ، لان مستلم الاعلان يكفي فيه التميز.

وجود المعلن إليه من الناحية القانونية يعد مقتضى موضوعيا لصحة الإعلان ، فإذا وجه الإعلان إلى شخص متوف ، ترتب على ذلك بطلان الإعلان.

وسواء تمت الوفاة قبل قيد عريضة افتتاح الخصومة بأمانة ضبط المحكمة أو بعدها ، فإذا وقعت قبل إعلانه ، فلا تنعقد ، ووجب على المعلن إعادة رفع الدعوى بعريضة جديدة على الخلف العام[1].

أما إذا تسلم المعلن إليه الإعلان أو تسلمه أحد الأشخاص المؤهلين للاستلام ، وحدثت بعد ذلك الوفاة ، فتكون حينئذ الخصومة قد انعقدت ، فيترتب عليها انقطاعها ، فيحق للمدعي أن يعيد السير فيها في مواجهة الخلف العام أي الورثة[2].

هذا بعد أن تطرقت إلى البيانات الخاصة بالإعلان والمتعلقة بتاريخه وبالمعلن والمعلن إليه ، أنتقل الآن إلى دراسة الموطن باعتباره أحد البيانات الأساسية التي تتكون منها ورقة الإعلان ، وذلك على التفصيل التالي:

4 - الموطن:

يتكون العمل الإجرائي من عدة عناصر ، منها ما يدخل في تكوينه ، بحيث يصبح ركنا فيه ، ومنه ما يعتبر ظرفا يجب أن يتم فيه[3].

إذا قد يصبح الموطن ركنا أو عنصرا من عناصر العمل الإجرائي ، فيجب أن تتضمن ورقة الاعلان موطن المعلن والمعلن اليه ، فإذا خلت ورقة الاعلان من هذا البيان وقعت تحت طائلة البطلان .

وقد يصبح المواطن ظرفا من ظروف العمل الاجرائي ، ويقصد بظرف العمل الإجرائي كل ما يعتبر خارجا عنه ، ولكنه يجب وجوده لكي ينتج العمل الاجرائي آثاره القانونية ، وهذه الظروف قد تتعلق بزمان أو مكان العمل ، كما يشترط القانون أن يتم اعلان الشخص في موطنه ، فيعتبر المواطن في هذه الحالة ظرف مكان يجب أن يتم العمل فيه والاعد -كأصل عام .باطلا .

1 - نبيل اسماعيل عمر ، الإعلان ، ص 48.
2 - نبيل اسماعيل عمر ، الإعلان ، ص 52.
3 - نبيل اسماعيل عمر ، نفس المرجع ، ص 103.

وسأتطرق إلى الموطن باعتباره احد العناصر الاساسية المكونة للعمل الإجرائي . وقد نصت المادة 18 و 19 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على وجوب أن يتضمن التكليف بالحضور موطن كل من المعلن والمعلن اليه.

وتضيف الماده 412 من نفس القانون على أنه في حالة ما اذا كان الشخص المطلوب تبليغة لا يملك موطنا معروفا . أن يتم ذكر آخر موطن له . ويتم تبليغه عن طريق التعليق بلوحه الاعلانات بمقر المحكمة والبلدية التي كان له بها آخر موطن.

إذن يجب أن يذكر في ورقة الاعلان مواطن المعلن والمعلن اليه . فاذا أصبح موطن هذا الأخير مجهولا . يذكر آخر موطن له.

وبذلك يعد الموطن أحد العناصر المكونة للعمل الاجرائي فتحلف هذا البيان يؤدي إلى بطلان العمل الاجرائي.

والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن . فما المقصود بالموطن ؟ وهل يعد المكان الذي يقيم فيه الشخص -ولو بصفة مؤقتة- موطنا ؟ وهل أن القانون هو الذي يتدخل لفرض على الشخص الإقامة في مكان معين ، أم أن الشخص هو الذي يقوم باختياره الحرة للموطن وهل في كل الاحوال يتم اختيار المواطن من طرف الشخص وإذا أراد الشخص أن يقوم بالعمل القانوني ، فهل يحق له أن يختار مكانا خاصا لتنفيذ هذا العمل ؟

وهذا ما يجرنا إلى اتناول هذه المسائل فيما يلي :

أ - الموطن الأصلي:

يقصد بالموطن الأصلي المقر القانوني للشخص الذي يتعلق بنشاطة القانوني وعلاقته مع غيره من الأشخاص ، حيث يعتبر موجودا في هذا المكان على الدوام ، حتى و لو اقتضى الحال أن يتغيب عنه بصفة مؤقتة[1] .

1- حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، ص 540.

ويساهم الموطن مع غيره من العناصر الأخرى ، في تحديد الشخص القانوني تحديدا كافيا نافيا للجهالة ، وسواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا ، حيث يمكن العثور عليه في هذا المكان و مخاطبته فيه من الناحية القانونية .

وقد عرف القانون المدني الموطن الأصلي في المادة 36 منه على ما يلي:

" موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي . وعند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن" ويتبين من هذا النص ، اختلاف الموطن عن محل الإقامة ، أي محل الوجود الذي يوجد فيه الشخص بصفة عارضة مؤقتة كالفندق الذي يقيم فيه الشخص لعدة أيام.

أما الموطن فهو المكان الذي يوجد فيه السكن الرئيسي للشخص . و هذا ما يجرنا إلى طرح السؤال التالي:

ماذا يقصد بالسكن الرئيسي ؟

إن الإجابة عن هذا السؤال تقودنا إلى سؤال آخر . فما هو الاتجاه الذي أخذ به المشرع الجزائري في تحديده للموطن . علما بأن فكرة الموطن يتناولها إتجاهان . أحدهما يقوم على التصوير الواقعي لفكرة الموطن ، و الآخر يقوم على التصوير الحكمي.

وبذلك تختلف التشريعات من حيث تحديدها لفكرة الموطن ، فمنها ما يأخذ بالاتجاه الحكمي لفكرة الموطن ، فيقيم هذا التصور رباطا اصطناعيا بين الشخص ، ومكان معين يتحدد بالمركز الرئيسي لنشاطه ، ولو لم يقيم فيه إقامة معتادة.

ويأخذ القانون الفرنسي بالاتجاه الذي يقوم على التصوير الحكمي لفكرة الموطن ، و تبعا لذلك إذا بلغ الشخص سن الرشد ولم يختر مركزا رئيسيا لأعماله يكون موطنا له ، فيفترض أنه ظل محتفظا بموطنه الأصلي ، أي موطن والديه أو موطن وصيه[1] .

في حين بعض التشريعات الأخرى ، تأخذ بالتصوير الواقعي لفكرة الموطن ، حيث يعتد هذا الاتجاه بالواقع في العمل من وجود إقامة فعليه مستقرة للشخص[2] .

1- حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص 541.

2- نبيل اسماعليل عمر ، الإعلان ، ص 119 .

ويأخذ القانون المصري بالاتجاه الواقعي لفكرة الموطن . حيث ينص في المادة 40/ 2 من القانون المدني على مايلي:

" الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة "

إذن فما هو الاتجاه الذي تبناه المشرع الجزائري في تحديده للموطن ؟

فهل أخذ بالاتجاه الواقعي أو الحكمي ؟

حيث نجد المشرع الجزائري . قد نص في تحديده لفكرة الموطن . على أن موطن الشخص هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي.

فقد ربط المشرع الموطن بالسكن الرئيس . غير أن هذا التحديد يثير عدة أسئلة وهي . هل يوجد للشخص سكن رئيسي و آخر ثانوي ؟

وكيف يمكن تحديد المسكن الرئيسي ؟ فهل يتحدد بالمركز الرئيسي لأعمال الشخص أم يتحدد بموطن والديه ؟

أكيد أن المشرع الجزائري لم يأخذ بالاتجاه الواقعي لفكرة الموطن . هذا الاتجاه الذي يقوم على الواقع المتمثل في وجود إقامة فعليه مستقرة . و إنما أخذ بالاتجاه الحكمي -في تقديرنا- و ذلك عندما أقام رباطا اصطناعيا بين الشخص ومكان معين . يتحدد بالسكن الرئيس . هذا الأخير يجب أن يتحدد بالمركز الرئيسي لنشاط الشخص . فإذا لم يوجد هذا المركز . فعادة ما يتحدد بموطن والديه أو وصيه.

و اللافت للانتباه . أن هنالك تناقضا بين القانون المدني الذي يقوم على تحديد فكرة الموطن على الاتجاه الحكمي . و بين قانون الإجراءات المدنية . الذي هو اقرب إلى الاتجاه الواقعي . حيث نجده يأخذ بنتائج هذا الأخير . و ذلك عندما نص على أنه في حالة عدم وجود موطن أصلي للمعلن إليه . فيوجه الإعلان إلى محل الإقامة . ولا يجوز الإعلان في محل الإقامة . إلا إذا أصبح الشخص بغير موطن . و طبقا للاتجاه الواقعي قد يصبح الشخص بغير موطن . في حين لا يتصور وجود الشخص بدون موطن طبقا للاتجاه الحكمي .[1]

1 . حسن كيرة : المرجع السابق . ص 541.

وعندما سمح المشرع بالإعلان في محل الإقامة ، و طالما أنه لا يصح ذلك ، إلا في حالة عدم وجود الموطن للشخص ، وفي ذلك تطبيق لإحدى نتائج الاتجاه الواقعي ، حيث يترتب على الأخذ به أن يصبح الشخص في بعض الحالات بغير موطن.

كذلك قد يتعدد الموطن في ظل الاتجاه الواقعي ، في حين لا يتصور أن يتعدد في ظل الاتجاه الحكمي.

وطبقا للنتائج غير الواقعية المترتبة عن الأخذ بالاتجاه الحكمي ، فما لبث القضاء الفرنسي أن خرج عنه عن طريق ابتداعه نظرية الموطن الظاهر.

وتبعا لذلك يصح إعلان الشخص بالأوراق القضائية في الموطن الظاهر للناس على أنه موطنه و هو عادة ما يكون محل إقامته ، إذا أصبح المعلن حسن النية و انخدع به فظنه أنه هو موطنه الأصلي ، أي المركز الرئيسي لأعماله[1].

ويتحدد الموطن الأصلي وفقا للعناصر التي يحددها القانون ، فإذا كان يأخذ بالاتجاه الواقعي فيتحدد الموطن بمحل الإقامة المعتادة المستقرة ، وهذه مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع.

في حين إنه إذا كان يقوم على تحديد الموطن على الاتجاه الحكمي ، و تبعا لذلك يتحدد الموطن بالمركز الرئيس لأعمال و نشاط الشخص فإذا بلغ الشخص سن الرشد ولم يختر مركزا رئيسيا لأعماله فيفترض انه ظل محتفظا بموطنه الأصلي أي بموطن والديه ، و من ثمة ما يقوم به المحضر من إدراج في ورقة الإعلان ، أن مكانا ما هو موطن لهذا الشخص أم ليس بموطن له ، فلا عبرة بما يثبته في ذلك[2].

لأن القانون هو الذي يحدد عناصر الموطن فإذا ما توافرت تلك العناصر عد هذا المكان موطنا للشخص ، يصح إعلانه فيه بالأوراق القضائية ، وتبعا لذلك ، إذا تم الإعلان في غير الموطن الأصلي عد باطلا[3].

---

1 . حسن كيرة نفس المرجع ، ص 542 .

2 . نبيل اسماعيل عمر: الاعلان ، ص 121 .

3 . نبيل اسماعيل عمر : الاعلان ، ص 122 .

هذا فيما يتعلق بالموطن الأصلي ، وأنتقل الآن للموطن المختار.

ب . الموطن المختار:

يقصد بالموطن المختار المكان الذي يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانوني معين، وهذا ما نصت عليه المادة 39 من القانون المدني ، حيث جاء فيها ما يلي:

"يجوز اختيار موطن خاص لتنفيذ عمل قانوني معين "

والأصل أن يختار الشخص موطنا بإرادته لتنفيذ عمل قانوني معين ، كان يختار شخص مكتب أحد المحامين ليعلن فيه كل ما يتعلق بما يثار من منازعات حول تنفيذ عقد ابرمه مع آخر[1].

ويعتبر المكان الذي توجد فيه الوكالة التي تنشئها الشركة الجزائرية للتأمين في أحدى مناطق الوطن ، موطنا مختارا للشركة لتنفيذ عمل قانوني ، فينبغي أن تعلن فيها الشركة بكل ما يتعلق بما قد يثار من منازعات حول تنفيذ العقد الذي أبرمه الغير مع الوكالة.

وتبعا لذلك تصبح المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها هذه الوكالة مختصة بكل ما يتعلق بما يثار من منازعات حول تنفيذ هذا العقد.

غير أنه يجب التنبيه – في هذا الصدد- على أن ترفع الدعوى على الشركة وليس على الوكالة أو الفرع لأن الوكالة أو الفرع لا يتمتع بالشخصية المعنوية ولكنه يجب أن تعلن الشركة بكل المنازعات الناشئة عن تنفيد العقود التي ابرمتها الشركة في هذه الوكالة أو الفرع ، لأن مقر الوكالة أو الفرع تشكل بالنسبة للشركة موطنا مختارا.

واتخاذ موطن مختار قد يقع بناء على إرادة الشخص الحرة ، ويجب إثبات وجود الاتفاق على الموطن المختار كتابة ، وهذا ما تنص عليه المادة 2/39من القانون المدني.

1 . محمد نصر الدين كامل ، أوراق المحضرين ، ص 122.

وقد يجعل القانون الموطن المختار أمرا وجوبيا[1] . فيتعين على الشخص أن يقوم بتحديده في جهة معينة . كما كان يقضي ذلك قانون الإجراءات المدنية السابق في المادة 3/15 وكان القانون يلزم المدعي -إذا كان موطنه يقع خارج دائرة اختصاص المجلس التي تتبع له المحكمة المرفوعة امامها الدعوى- أن يختار موطنا داخل دائرة ذلك المجلس . وذلك لتيسير على المعلن بإعلان المعلن إليه بالاوراق اللازمه لسير الدعوى.

غير أن القانون الجديد ألغى هذا الالتزام الواقع على عاتق المعلن . ونص في المادة 21 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأن الزم الخصوم ايداع الاوراق والسندات والوثائق بامانه ضبط الجهة القضائية . وتبعا لذلك أصبح من حق الخصم أن يبلغ خصمه بجميع الاوراق القضائية بأمانة ضبط المحكمة المرفوعة امامها الدعوى.

والأصل في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه يعلن المراد اعلانه شخصيا في اي مكان وهذا ما تقضي به المادة 3/406 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

في حين أن اعلان الاشخاص المؤهلين لاستلام الاعلان .من غير المعلن اليه . لا يكون الا في الموطن الاصلي . ولا يجوز الاعلان في الموطن المختار الا في الاحوال التي يجيزها القانون[2] .

وأن تم الاعلان في الموطن المختار . لكن الاعلان لا يتعلق بالعمل القانوني الذي من اجله اتخذ هذا الموطن . في الأصل أن يقع هذا الاعلان باطلا.

هذا فيما يتعلق بالموطن المختار . وإلى جانب هذا الأخير يوجد موطن آخر يسمى بموطن الأعمال وسنرى ذلك فيما يلي:

ج . موطن الأعمال:

حيث تنص المادة 37 من القانون المدني على ما يلي:

1 - حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص 548.
- نبيل إسماعيل عمر ، الإعلان ، ص 122.
2 . نبيل اسماعيل عمر : الاعلان ، ص 123 .

" يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا خاصا بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة"

وتبعا لذلك يوجد إلى جانب الموطن الأصلي للشخص ، موطن الأعمال المتعلق بتجارته أو مهنته ، وينبغي أن يكون هذا الموطن متعلقا بنشاط هذا الشخص في هذا الجانب[1].

أما سائر الأنشطة - غير المتعلقة بموطن الأعمال - فيجب أن يخاطب الشخص بشأنها طبقا لأحكام القواعد العامة ، أي في موطنه الأصلي وتبعا لذلك يقع تسليم الإعلان باطلا ، إن تم في موطن الأعمال ولم يكن متعلقا بأعمال هذه التجارة أو المهنة . والعكس صحيح يكون الإعلان صحيحا ، إذا كان متعلقا بهذه التجارة أو المهنة قد تم في الموطن الخاص بهذه الأعمال أو تم في الموطن الأصلي[2].

وإلى جانب الموطن الأصلي والموطن المختار وموطن الأعمال يوجد إلى جانبها موطن آخر يسمى بالموطن القانوني أو الإلزامي . نرى ذلك فيما يلي:

د . الموطن القانوني أو الإلزامي:

و إذا كان الأصل أن يحدد الشخص طبقا لإرادته الحرة المكان الذي يعطيه صفة الموطن الأصلي[3].

غير أنه يرد على الأصل استثناء حيث يقوم القانون بتعيين المكان الذي يعتبر موطنا اصليا بالنسبة لبعض الأشخاص يلحق بهم وصف معين . فيكون موطنهم حينئذ موطنا قانونيا أي إلزاميا.

وينصرف الموطن القانوني إلى فئة خاصة من الأشخاص و يتعلق الأمر بعديمي الأهلية و ناقصيها بسبب الصغر في السن أو الحجور عليهم بسبب عوارض الأهلية من

---

1 - نبيل إسماعيل عمر ، الإعلان ، ص 142.

2 - حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص 549.

3 - نبيل إسماعيل عمر ، الإعلان ، ص 129.

- حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص 544.

جنون وعته وسفه ، و بالمفقودين والغائبين ، ممن تمنعهم ظروف فقدهم وغيبتهم ، حسب مفهوم المادة 109 من قانون الأسرة.

حيث يتولي نائب عنهم رعاية شؤونهم ويباشر التصرفات القانونية لحسابهم.

فهؤلاء الأشخاص يفرض لهم القانون موطنا إلزاميا هو موطن من ينوب عنهم في مباشرة التصرفات القانونية من أولياء أو أوصياء أو قوام أو وكلاء[1].

وهذا ما تنص عليه المادة 38 من القانون المدني ، حيث جاء فيها ما يلي:

" موطن القاصر و الحجور عليه و المفقود و الغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا "

والمشرع عند تحديده للموطن الإلزامي لهؤلاء الأشخاص قد أخذ بالاتجاه الحكمي[2] إذ يعتد بموطن من ينوب عنهم قانونا ، ولو كانوا غير مقيمين بصفة فعلية مع من ينوب عنهم و إذا زال سبب فرض الموطن القانوني كبلوغ القاصر سن الرشد فلا تبقى حاجة إلى استمرار فرض موطن إلزامي له.

وقد يسمح القانون للقاصر ومن في حكمه بأن يقوم ببعض الأعمال القانونية وتبعا لذلك ينظر إليه على أنه كامل الأهلية بالنسبة للأعمال التي يسمح له بها فيصبح له موطن خاص بالنسبة لهذه التصرفات حيث يعتبره القانون أهلا لمباشرتها و هذا ما تنص عليه المادة 2/38 من القانون المدني.

ويكتسي الموطن الأصلي أهمية خاصة ومنها انه لا يصح -كأصل عام- إعلان الأوراق القضائية إلا به.

ويعد الموطن أحد العناصر الشكلية التي تكون كيان ورقة الإعلان ، اما مكان الإعلان الذي يجب ان يذهب إليه المحضر من اجل أن يقوم بعملية الإعلان ، فيعد ظرفا خارجيا[3] و لكي ينتج العمل القانوني أثره ينبغي إستفاء هذا المقتضى الشكلي ، أي يجب

---

1 - حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص 545.

2 - نبيل اسماعيل عمر ، الإعلان ، ص 129.

3 - نبيل إسماعيل عمر ، الإعلان ، ص 118.

أن يذهب المحضر بنفسه إلى الموطن الأصلي للمعلن إليه لتبليغ له الورقة أما إلى شخصه ، وأما لمن يجده في هذا المكان.

وتبعا لذلك لا يصح الإعلان -طبقا للقاعدة العامة - إلا في الموطن الأصلي[1] حسب تحديد سالف البيان.

وبعد أن تطرقنا إلى البيانات الخاصة بورقة الإعلان ، أنتقل إلى تحديد الإشخاص المؤهلين لاستلام الإعلان ، وذلك كما يلي:

المطلب الثالث
إجراءات انعقاد الخصومة

تبين اجراءات انعقاد الخصومة ، كيفية مخاطبة الخصم الاخر ، وهو المدعي عليه ، وهذا الاخير يمكن مخاطبته شخصيا ، ويمكن مخاطبته عن طريق أحد الأشخاص المؤهلين للاستلام ، والخصم الذي رفعت عليه الدعوى قد يكون خصما واحدا وقد يكون اكثر من خصم واحد ، وقد يكون معلوم او مجهول الموطن ، وقد يكون شخصا طبيعيا ، أوهذا الاخير قد يكون شخصا طليقا او محبوسا ، وقد يقيم داخل الوطن او خارجه وقد يكون شخصا معنويا.

إن اجراءات انعقاد الخصومة تنصرف إلى هؤلاء جميعا وتبعا لذلك سأقسم هذا المطلب الى الفروع التالية :

الفرع الاول : الخصومة المكونة من مدعي واحد
الفرع الثاني : الخصومة المكونه من اكثر من مدعي عليه واجد
الفرع الثالث : طبيعة الحكم الصادر بناء على التبليغ عن طريق التعليق

1 - فتحي والي ، الوسيط ، ص 376.

الفرع الأول
الخصومة المكونة من مدعي عليه واحد

عند ايداع العريضة الافتتاحية للخصومة بامانة ضبط المحكمة ، يقوم امين الضبط بتسجيلها وتسليم نسخ منها مؤشر عليها بتاريخ تسجيلها وتاريخ انعقاد الجلسة الاولى الى المدعي ، ويحمل هذا الاخير هذه النسخ ويتوجه بها الى المحضر القضائي . وهذا الاخير يحمل بدوره هذه النسخ ويتوجه بها الى موطن المدعي عليه ، هنا يوجه المحضر القضائي عده حالات ، وهى كما يلي :

الحالة الاولي : مخاطبة الخصم شخصيا

عندما ينتقل المحضر القاضي الى موطن المدعي عليه ويقابله شخصيا ، فقد يقبل تسليم التكليف بالحضور وقد يرفضه . ولذلك يثور التساؤل حول الاثار المترتبة عن قبول المدعي عليه تسلم التكليف بالحضور او يرفض التسلم . وفي كل حالة متى يسري الميعاد . وما طبيعة الحكم الصادر فى الدعوى . وهي المسائل التي أتطرق إليها فيما يلي.

1 - المدعى عليه يقبل تسلم التكليف بالحضور

عندما ينتقل المحضر القضائي الى موطن المدعى عليه . و يقابله شخصيا ويقوم بتسليم له التكليف بالحضور مرفقا بنسخة من عريضة افتتاح الخصومة ، حيث يتسلم نسخة منه مقابل التوقيع على الاصل بالاستلام.

وتبعا لذلك يبقى الباب مفتوحا امام المدعي عليه ، فهو حر في حضوره او عدم حضوره امام المحكمة ، او حضوره بواسطة وكيل عنه يتولى الدفاع عنه كمحامى او شخص اخر.

فإذا حضر المحضر القضائي الى موطن المدعي عليه ، وتم تسليم لهذا الاخير نسخة من محضر التكليف بالحضور الذي يثبت فيه انه قام بتسليم الى المدعي عليه .مخاطبا

اياه شخصيا .نسخة من عريضة افتتاح الخصومة موقعا على الاصل بالاستلام . وبذلك تنعقد الخصومة القضائية . وبالتالي فان الحكم الصادر في هذه الحالة يصدر حضوريا غير قابل للطعن فيه بالمعارضة.

2 - المدعى عليه يرفض تسلم التكليف بالحضور:

قد ينتقل المحضر القضائي الى موطن المدعي عليه و يقابله شخصيا غير ان المدعي عليه يرفض تسلم نسخة من محضر التكليف بالحضور[1].

فيثبت ذلك المحضر القضائي في محضره وحينئذ يقوم بارسال اليه نسخة من محضر التبليغ بواسطة رسالة مضمنة مع الاشعار بلاستلام . وهذا ما تقضي به المادة 1/411 من قانون الاجراءات المدنية والادارية . وتنعقد الخصومة القضائية بعد رجوع الاشعار بلالاستلام . والحكم الذي يصدر في هذه الحالة يصدر حضوريا.

غير ان السؤال يبقي مطروحا حول سريا الميعاد في هذه الحالة وهي المسألة التى اتولى تبيانها فيما يلي:

1- انظر القرار الصادر بتاريخ 2010/11/10 رقم 534775 عن المحكمة العليا . الغرفة العقارية . القسم الخامس . غير منشور ، حيث جاء فيه مايلي:

" حيث أن الطاعنين يعيبون على القرار المطعون فيه بدعوى أنه لم يتم تكليفهم بالحضور طبقا لحكام المادة 24 من قانون الإجراءات المدنية والتي تنص " أنه وفي حالة رفض المعلن إليهم إستلام التبليغ بالحضور . فيثبت ذلك في المحضر ويتعين حينئذ على المحضر القضائي أن يقوم بإرسال رسالة مضمنة مع علم بالوصول"

وحيث أن قضاة الموضوع اكتفوا بالمحضر المتضمن امتناع المعلن إليهم تسلم الاعلان . فصلوا في القضية . مما يعد ذلك إخلالا بحقوق الدفاع . يعرض القرار المطعون فيه للنقض.

وحيث ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في محله . ذلك أن قضاة الموضوع عندما اعتبروا وأن الخصومة تنعقد بمجرد مخاطبة المعلن إليه شخصيا . حتى ولو رفض الاستلام.

في حين أن المادة 24 من قانون الإجراءات المدنية تنص على مايلي: " إذا استحال تسليم التكليف بالحضور إما لعدم مقابلة الخصم..وإما بسبب رفضه إستلام التبليغ فيذكر ذلك في محضر التبليغ . ويرسل التكليف بالحضور عندئذ إلى الخصم ضمن ظرف موصى عليه مع علم بالوصول..."

وحيث أنه وفي حالة رفض المعلن إليه إستلام التكليف بالحضو . كان يجب على المحضر القضائي أن يرسل التكليف بالحضور بواسطةرسالة موضى عليها مع العلم بالوصول ولا يكفي لانعقاد الخصومة مخاطبة المعلن إليه شخصيا ورفضه الاستلام . وأن قضاة الموضوع عندما اعتبروا ذلك كافيا لانعقادها . قد خرقوا أحكام المادة 24 . مما يعد ذلك خرقا لقاعدة جوهرية في الاجراءات يعرض القرار المطعون فيه للنقض ".

3 - سريان أجل التكليف بالحضور[1]

يبدأ ميعاد التكليف بالحضور المحدد بعشرين يوما من تاريخ تسلم التكليف بالحضور . عندما يقبل المدعي عليه تسلم التكليف بالحضور . ويحدد هذا الاجل ما بين تاريخ التسليم وتاريخ المحدد لاول جلسة .

اما اذا رفض المدعى عليه تسلم التكليف بالحضور المحدد بعشرين يوما يحسب من تاريخ ختم البريد . طبقا لأحكام المادة2/411 من نفس القانون .

غير ان عبارة ختم البريد الواردة فى النص غامضة لان ادارة البريد تضع ختم البريد عند ايداع الرسالة المضمنه . وكذلك عند رجوع الوصل بالاستلام . وتبعا لذلك . يثور التساؤل حول تحديد بدء الميعاد سواء كان ميعاد التكليف بالحضور او ميعاد الطعن . في هذه الحالة فهل يحسب من تاريخ ايداع الرسالة المضمنة مكتب البريد ام من تاريخ رجوع الوصل بالاستلام ؟

مما لا شك فيه ان المشرع عندما اشترط ان يرسل الاعلان .عندما يرفض المدعى عليه التسلم .برسالة مضمنه مع الاشعار بالاستلا . ان يجعل لهذا الاجراء اثرا . وذلك لا يبدأ الميعاد الا من تاريخ رجوع الوصل بالاستلام . فهو يعتد بتاريخ رجوع الوصل . والا اصبح هذا الاجراء بغير اثر . ذلك انه وعندما يرجع الوصل الذي يفيد ان المدعى عليه قد تسلم الاعلان . يؤشر عون البريد بالختم الذي يحمل تاريخ رجوع الوصل . لذلك فان التاريخ الذي يعتد به هو تاريخ رجوع الوصل . وليس تاريخ ايداع . لانه لو ان المشرع اراد ان يعتد بتاريخ الايداع . لما اكتفي فقط بالنص على ارسال رسالة مضمنه الى المدعي عليه . دون اشتراط ان تكون الرسالة المضمنه مرفقة بوصل الاشعار بالاستلام . ومن ثم اذا اعتدنا بتاريخ الايداع سيصبح وصل الاشعار بالاستلام من باب التزيد . اي سيتم الغاء هذا النص او تعطله . لانه يصبح بدون وظيفة . وهذا ما لم يقصده المشرع.

غير اننا نرى ومن حسن السياسة التشريعية . ان ينص المشرع على ان العبرة بتاريخ الايداع . اي ان يكتفى بارسال رسالة مضمونة دون اشتراط ان تكون متبوعة بوصل

---

1 .ما يسري على اجل التكليف بالحضور يسري على ميعاد الطعن . سواء كان طعنا بالمعارضة او الاستئناف او النقض و غيرها من مواعيد الطعن .

الاشعار بالاستلام لان الاجراء الاخير ، قد احدث صعوبات فى المجال العملي ، فلا يرجع الوصل فى كثير من الاحيان رغم تكرار المراسلات ، مما يؤدى ذلك الى تعطيل الفصل في القضية ، بل قد يلجأ القاضي الى الفصل فيها بالرغم من عدم رجوع الوصل بالاستلام ، وبذلك فهو يفصل فى القضية دون انعقاد الخصومة ، مما جعل الحكم الصادر باطلا يؤدى ذلك الى تعرض الخصم إلى الخسارة من حيث المال والوقت بدون طائل.

ان الحكم الصادر في الدعوى التى يتم فيها مخاطبة المراد اعلانه شخصيا ، سواء قبل تسلم الاعلان او رفض ذلك فيتبع هذا الرفض اعادة تبليغه عن طريق رسالة مضمنه مع الاشعار بالاستلام ، وتبعا لذلك ، فالحكم الصادر في هذه الحالة يصدر حضوريا ، وهذا ما تقضي به المادة 3/411 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية .

اذن في حالة مخاطبة المعلن اليه شخصيا ، وسواء قبل تسلم الاعلان او رفضه وفي حالة الأخيرة ، يجب ان يتبع الرفض اعادة مخاطبته عن طريق رسالة مضمنة مع الاشعار بالاستلام ، فان الحكم الصادر يصدر حضوريا.

والآن انتقل الى الحالة التي ينتقل فيها المحضر القضائي إلى موطن المعلن اليه ولا يقابله ، ولكن يقابل احد الاشخاص المؤهلين للاستلام ، وذلك على الوجه التالي:

الحالة الثانية ـ مخاطبة المعلن إليه عن طريق أحد الأشخاص المؤهلين للاستلام:

ليس كل الاشخاص الذين يقابلهم المحضر القضائي في موطن المعلن اليه مؤهلين لاستلام ، بل يجب ان تتوافر فيهم مجموعة من الشروط ، والى جانب ذلك عندما ينتقل المحضر القضائي الى موطن المعلن اليه ، ويقابل احد الاشخاص المؤهلين للاستلام ، هذا الشخص قد يقبل تسلم الاعلان وقد لا يقبل بل يرفض ذلك ، وتبعا لذلك يثور التساؤل حول كيفية مخاطبة المعلن اليه فى هذه الحالات وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي :

1 - شروط تسليم الاعلان الى احد الاشخاص المؤهلين للاستلام

طبقا للاصل العام الذي يقضي ان يتم تسليم الاعلان الى الخصم شخصيا . لكن الاقتصار على ذلك سيؤدى الى تعقيد عملية انعقاد الخصومة . و عما يترتب على ذلك من الاثار السلبية . تنعكس على اجراءات التقاضي . وقد استقر الرأي على انه يكفى ان ينتقل المحضر القضائي الى موطن الخصم . ويسلم الاعلان الى كل شخص يجده فيه . لأن هذا الأخير هو المكان القانوني الذي يمكن مخاطبة الشخص فيه . اما مخاطبته شخصيا . واذا لم يوجد هذا الشخص فيه . فيمكن مخاطبته فيه بواسطة احد الاشخاص الموجودين فى الموطن . لانه عاده ما يرتبط هذا الشخص بصاحب الموطن بعلاقة قرابه او تبعية تضمن ايصال الاعلان اليه.

غير أن المشرع الجزائري قد خرج عن هذه الاصول واصبح يشرط لصحة مخاطبة احد الاشخاص المؤهلين للاستلام مجموعة من الشروط المنصوص عليها بالماده 410 من قانون الإجراءات المدنيه والادارية . وهذه الشروط تتلخص فيما يلي :

أ - استحالة اعلان الخصم شخصيا

لا يجوز تسليم الاعلان الى احد الاشخاص المؤهلين لاستلام الا بعد اثبات استحالة مخاطبة المعلن اليه شخصيا . وهنا يثور التساؤل . فمادا يقصد باستحالة مخاطبة الخصم شخصيا.

يقصد بالاستحالة في هذا الصدد الاستحالة النسبية وليس الاستحالة المطلقة . اي عندما ينتقل المحضر القضائي الى موطن المعلن اليه ولا يجده فيه . و في هذه الحالة سيجد المحضر نفسه في استحالة تسليم الاعلان الى الشخص المراد اعلانه . فيحق له حينئذ ان يقوم بتسليمة لأحد الاشخاص الموجودين بالموطن . وهذا ما كانت تنص عليه الماده 23 من القانون القديم . وكان هذا النص يفتح امام عملية الاعلان أكثر من باب ، فكان يجيز تسليم الاعلان الى الخصم نفسه أو إلى أي شخص يقيم في الموطن نفسه . في حين أن القانون الجديد لا يسمح بتسليم الاعلان الى الاشخاص المعنيين ، وتتوفر فيهم الشروط القرابة.

ب - يجب ان يكون مستلم الاعلان احد افراد عائلة الشخص المطلوب تبليغه

فقد نصت الماده 410 من قانون الإجراءات المدنية والادارية على صحة التبليغ ان يسلم الى احد افراد العائلة المراد تبليغة . واستبعد الاشخاص الذين ليسوا من افراد عائلة الخصم . كالخادم والبواب والحارس وأصبح من غير الجائز تسليم الإعلان إلى أي شخص يقيم بالموطن ولا تربطه علاقة قرابه بالمطلوب تبليغه . واستبعد بذلك المشرع علاقة تبعية بالمطلوب تبليغه . وبالمقارنة بين النص القديم والجديد . نجد الاول يفتح الباب واسعا امام عملية الاعلان . يشترط فقط ان يسلم الاعلان الى اي شخص يقيم بالموطن . وهذا ما ينسجم مع ما استقر عليه فى الفقة والقضاء على اعتبار ان المحضر القضائي ليس مسؤولا على الاشخاص الموجودين بمواطن المعلن اليه . فاذا ترك الاعلان لاحد الاشخاص المقميين في الموطن فإن التقصير الذي يقع منهم فيتحمله هو . ولأنه عادة ما يسعون هؤلاء الى الحفاظ على مصالح صاحب الموطن . ولم يتركهم في موطنه الا بعد ان تأكد من امانتهم واخلاصهم .

لذلك سمحت كثيرا من التشريعات ومنها التشريع القديم لمن يقيم بالموطن أن يتسلم ورقة الاعلان . هذا بعد ان تطرقت الى الشرطين . أنتقل إلى دراسة الشرط الثالث كما يلي :

ج - يجب ان يكون مستلم الاعلان مقيما بموطن المعلن اليه

يشترط القانون .لصحة الاعلان .ان يتم تسليم الاعلان الى احد افراد عائلة الشخص المراد اعلانه والمقيم معه فى نفس الموطن .

وتبعا لذلك يجوز للمحضر القضائي ان يسلم الاعلان الى احد افراد عائلة المعلن اليه اذا كان يقيم بالموطن . ومهما كانت درجة القرابة التى تربط مستلم الاعلان بالشخص المراد اعلانة . مثل الابن والزوجة والاخ . فاذا سلم الاعلان الى احد افراد عائلة المراد اعلانه ولا يقيم معه فى الموطن . وقع الاعلان باطلا . طبقا لنظرية البطلان المنصوص عليها بالماده 60 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

فاذا سلم الاعلان الى احد افراد عائلة المراد اعلانه لا يقيم بالموطن او سلم اليه خارج الموطن وقع الاعلان باطلا . كأن يقوم المحضر القضائي باستدعاء المعلن اليه

ويحضر بدله ابنه ويسلم له الاعلان في مكتبه وقع باطلا ، لانه تم تسليم الاعلان لاحد افراد عائلة المراد تبليغة خارج الموطن.

فى حين تسلم الاعلان الى الشخص المراد اعلانه شخصيا خارج الموطن لا يترتب عليه اى بطلان طبقا للنص المادة 3/406 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

تلك هي الشروط التي يجب توافرها في الشخص المؤهل لاستلام الاعلان ، وهذا الأخير قد يقبل الاستلام وقد يرفض ذلك ، وهذا ما أتطرق إليه فيما يلي:

2 - الشخص المؤهل للأستلام يقبل التسلم

عندما ينتقل المحضر القضائي الى موطن المعلن اليه (المدعى عليه) ، ولا يقابله شخصيا ، ولكنه يقابل احد الاشخاص المؤهلين للاستلام فإذا قبل هذا الشخص تسلم نسحة من محضر الاعلان مع التوقيع على الاصل ، تنعقد الخصومة ، لكن الحكم الذي يصدر في هذه الحالة يصدر غيابيا يقبل الطعن فيه بالمعارضة لان التبليغ لم يكن شخصيا ، وذلك طبقا لما تنص عليه المادة 292 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ذلك ان التميز بين الحكم الحضوري الحكم الغيابي يتحدد بالشخص مستلم التكليف بالحضور ، فاذا تسلم التكليف بالحضور الخصم شخصيا او رفض استلامه وارسل اليه عن طريق رسالة مضمنة مع الاشعار بالاستلام ، فان الحكم الصادر بناء على ذلك يصدر حضوريا ، ما دامت تمت مخاطبة الخصم شخصيا.

أما اذا انتقل المحضر القضائي الى موطن المدعي عليه ولم يقابل هذا الاخير ، بل قابل احد الاشخاص المؤهليين للإستلام ، وتسلم التكليف بالحضور ، فتنعقد الخصومة ولكن الحكم الصادر في هذه الحالة يصدر غيابيا ويقبل الطعن فيه بالمعارضة على اساس ان التكليف بالحضور لم يتم تسليمه الى المدعى عليه شخصيا ، وذلك طبقا لما تقتضي به المادة 293 من نفس القانون .

3 - الشخص المؤهل للإستلام يرفض تسلم الإعلان

قد ينتقل المحضر القضائي الى موطن المعلن اليه فلا يجده به ولكن يجد احد الاشخاص المؤهليين للاستلام[1] . غير أن هذا الاخير يرفض تسلم الاعلان . فيجب على المحضر القضائي ان يثبت ذلك في محضره . انه انتقل الى موطن المعلن اليه . وخاطب احد الاشخاص المؤهليين للاستلام . ورفض تسلم الاعلان (التكليف بالحضور) . وحينئذا يجب عليه .لكى تنعقد الخصومة .ان يقوم بالخطوات التالية:

أ. تكليف المعلن اليه بالحضور بواسطة رسالة مضمنه مع الإشعار بالإستلام

عندما يحضر المحضر القضائي الى موطن المعلن اليه (المدعى عليه) ولا يقابل هذا الاخير . ولكن يقابل احد الاشخاص المؤهليين للاستلام ويرفض تسلم التكليف بالحضور . يثبت ذلك في محضره ويقوم بارسال الاعلان[2] . عن طريق رسالة مضمنة مع الاشعار بللاستلام الى اخر موطن للمدعى عليه . كما تنص على الماده 2/41 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

والنص يشير الى اخر موطن للمعلن اليه في حين ان موطن هذا الاخير معلوم ولم يصبح مجهولا . ولا يخاطب المدعى عليه في اخر موطن له الا اذا اصبح مجهولا . في حين

---

1 - انظر القرار الصادر بتاريخ 15 فيفري 2006 . رقم 324935 عن المحكمة العليا . الغرفة المدنية . القسم الثالث . غير منشور . حيث جاء فيه مايلي:

" حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه ثابت منه أن الطاعن قد تمسك ببطلان محضر التبليغ . لكونه تم تبليغه إلى شخص مجهول الهوية وغير معروف لديه وأن صاحب الامضاء الموجود به غير معروف لديه أيضا.

وحيث ان قضاة الموضوع لم يردوا على هذا الدفاع الذي يتغير به وجه الدعوى . وأن إكتفائهم بالقول أنه تم التبليغ لممثل الشؤون القانونية للمستأنف عليه غير كاف.

ذلك أنه ولكي يصبح محضر التبليغ صحيحا فيجب أن يسلم إلى الشخص المطلوب تبليغه أو إلى الأشخاص المؤهلين لاستلام الإعلان المنصوص عليهم بالمادة 3/23 إجراءات مدنية وأن يشار إلى إسم ولقب وصفة مستلم الإعلان وإلا كان باطلا.

وحيث أن قضاة الموضوع لم يبين الشخص الذي تلقي الإعلان . وذلك بذكر إسمه ولقبه وصفته الذي تسمح له بتلقي الإعلان.

وحيث أن عدم تبيان كل ذلك يعد قصورا في الأسباب يعرض القرار المطعون فيه للنقض"

2 . يقصد بالاعلان . التكليف بالحضور . او تبليغ حكم أو تبليغ عريضة الطعن أو أي ورقة ينص القانون على تبليغها الى الخصم .

ان موطن المدعى عليه معلوم وانتقل اليه المحضر القضائي ، وقابل فيه احد الاشخاص المؤهليين للاستلام ورفض تسلم الاعلان.

وبذلك وقع المشرع في خطأ ، فهو لا يميز بين موطن المدعى عليه المعلوم وموطنه غير معلوم ، وان كل حالة تخضع للاجراءات الخاصة بها ، ولا يرسل الاعلان الى اخر موطن ، الا اذا أصبح موطن المدعى عليه غير معلوم ففي هذه الحالة يتم البحث عن اخر موطن له ليتم تبليغة فيه.

ب - التعليق بلوحة الإعلانات

فاذا انتقل المحضر القضائي الى موطن المعلن اليه ولم يقابل الخصم المراد تبليغة ، بل قابل أحد الاشخاص المؤهليين للاستلام ، ورفض التسلم ، يثبت ذلك في محضره ، ويقوم الى جانب الرسالة المضمنه مع الاشعار بالاستلام التى سبق الاشارة إليها التي بعث بها الى موطن المعلن اليه ، بتعليق نسخة من محضر التبليغ بلوحة الاعلانات الموجودة بمقر كل من المحكمة والبلدية التي يقع بها موطن المعلن اليه ويؤشر كل من رئيس امناء الضبط ورئيس المجلس الشعبي البلدية بالختم الذي يحمل تاريخ التعليق ، و يحسب الاجل من تاريخ آخر اجراء قد تم.

ج - موضوع الدعوي التزام تتجاوز قيمته خمسمائة ألف دينار

اذا كان موضوع الدعوى التزام تتجاوز قيمته خمسمائة آلف دينار ، ففي هذه الحالة والى جانب الرسالة المضمنه مع الاشعار بالاستلام ، وتعليق نسخة من محضر التبليغ بلوحة الاعلانات ، فيجب على المدعي ان يقوم بنشر مضمون محضر التبليغ في جريدة يومية وطنية بناء على اذن من رئيس المحكمة التى يقع فيها مكان التبليغ وعلى نفقة المدعي.

والمشرع قد يخص دعوى الالزام بهذا الاجراء ، ولم يشر الى كل من الدعوى المقررة والدعوى المنشئة ، مع ان كل منهما قد تفوق قيمتها مبلغ خمسمائة آلف دينار.

فالدعوى المقررة الرامية الى بطلان عقد بيع عقار أوالدعوى المنشئة الرامية الى ابطال العقد قد تبلغ قيمة احداهما عشرات الملايين من الدينارات . ومع ذلك لم يشترط نشر مضمونها في احدى الجرائد الوطنية.

الحالة الثالثة: مخاطبة المدعي عليه غير معروف الموطن

ان كل شخص له موطن يخاطب فيه . وذلك ما تقضي به المادة 36 من القانون المدني ، وموطن الشخص هو المكان الذي يتم فيه مخاطبته . غير ان هذا الشخص قد يصبح موطنه مجهولا لاتعرف مكان اقامته الجديد . ولذلك يثور التساؤل حول كيفية مخاطبته في حالة ما اذا رفع عليه الغير الدعوى ؟

تجيب عن هذا التساؤل المادة 412 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتى جاء فيها ما يلي " اذا كان الشخص المطلوب تبليغة رسميا ، لا يملك موطنا معروفا ، يحرر المحضر القضائي محضرا يضمنه الإجراءات التى قام بها . ويتم التبليغ الرسمي بتعليق نسخة منه بلوحة الاعلانات بمقر المحكمة ومقر البلدية التي كان له بها آخر موطن ".

وتبعا لذلك ، فان المدعي عندما يرفع الدعوى ، يجب عليه ان يحدد في عريضة افتتاح الخصومة ، آخر موطن للمدعى عليه الذي يتنقل اليه المحضر القضائي . ويجب على هذا الاخير ان ينوه في محضره انه انتقل الى اخر موطن للمعلن اليه ولم يجده يقيم فيه . ومن ثم قام بكافة التحريات اللازمة عن طريق البحث عنه بكل الطرق . فانتهت الى نتيجة سلبية بعدم معرفة موطنه الجديد ، وبالتالي تطبق عليه اجراءات التبليغ السابقة التى تطبق على احد الاشخاص المؤهليين للاستلام الذي يرفض تسلم الاعلان .

والمشرع لم يكن موفقا عندما سوى بين المدعى عليه الذي اصبح موطنه غير معروف . فهذا الاخير هو الذي تتبع معه اجراءات الاعلان عن طريق النشر في لوحة الاعلانات وكذلك فى احدى الصحف اليومية ، في حين أن المدعى عليه الذي يكون موطنه معروفا فهو لا يستحق ان تتبع معه تلك الاجراءات.

والفرق واضح بين موطن المدعى عليه الذي اصبح غير معروف ، فالوسيلة التى يمكن اللجوء اليها لايصال العلم اليه عن تلك الاجراءات المتخده ضده امام المحكمة هو

اللجوء الى الاعلان بلوحة الاعلانات . والعله واضحة من ذلك لكي يقوم من يعرفه لاخباره بالاجراءات المتخده ضده.

وبين موطن المعلن اليه المعروف والموجود به والذي يمارس فيه كل نشاطه . وكل ما في الامر وعندما انتقل المحضر القضائي فلم يقابل الشخص المراد تبليغة . ولكن قابل احد الاشخاص المؤهليين للاستلام فرض التسلم.

وتبعا لذلك . فان اجراءات الاعلان يجب ان تكون محتلفة بين المعلن اليه الذي اصبح موطنه مجهولا . وبين المعلن اليه الذي له موطن معروف . وتسوية بينهما هي تسوية ظالمة للمدعي وتهدر مبدأ المساواة بين الخصوم.

والحكم الذي يصدر استنادا الى إجراءات التعليق يصدر غيابيا . ويتم تبليغ الحكم الصادر غيابيا بنفس الاجراءات عن طريق الانتقال الى اخر موطن للمعلن اليه . وتنويه عن ذلك في المحضر ثم يليه اجراء التعليق بلوحة الاعلان ، ومن آخر اجراء يتم حساب ميعاد المعارضة والاستئناف . وبانقضاء هذين الميعادين يصبح الحكم حائز قوة الامر المقضي به قابلا للتنفيد الجبري.

ومع ذلك سيبقي السؤال مطروحا حول ما اذا وصل العلم الى المعلن اليه . بعد انقضاء ميعاد الإستئناف والمعارضة . فهل يحق له أن يطعن في هذا الحكم بعد فوات ميعاد الطعن ؟

ان الاجابة عن هذا التساؤل تكون بالنفي . لا يستطيع المدعى عليه الذي صدر عليه الحكم غيابيا . وتم اعلانه عن طريق التعليق بلوحة الاعلانات . وانقضاء عليه مواعيد الطعن . فيصبح هذا الحكم حائزا لقوة الامر المقضي به.

ولايبقي امام المدعى عليه سوى طريق الطعن بالبطلان في محضر التبليغ . ويجب على المدعى عليه ان يستند في طعنه الى ان التحريات التي قام بها المدعي كانت غير جديه . وانه لم يبذل المجهود المعقول للعثور على موطنه الجديد . فاذا تبين لقاضي الموضوع ان التحريات التي قام بها المدعي غير جدية ولم يبذل المجهود المعقول للبحث عن موطنه الجديد اصبح هذا المحضر باطلا . واذا انتهت المحكمة الى ابطال محضر التبليغ استنادا الى عدم جدية التحريات تصبح مواعيد الطعن مفتوحة امام المدعى عليه وبالتالي من حقه ان يطعن في الحكم الغيابي بالمعارضة والاستئناف .

الحالة الرابعة ـ مخاطبة الشخص المحبوس

قد يكون الشخص المراد تبليغه محبوسا ، وقد يكون محبوسا في جناية او جنحة ، فاذا كان محبوسا لتنفيذ عقوبة الجناية ، فيجب ان يتم التبليغ إلى المقدم على هذا الشخص ، وذلك طبقا لما تنص عليه المادة 9 مكرر من قانون العقوبات ، اما اذا كان محبوسا احتياطيا في جنحة او جناية ، او محبوسا لتنفيذ عقوبة الجنحة ، فيتم اعلانه في مكان حبسه طبقا لما تقضي به المادة 1/413 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ونص هذه المادة ليس الا تأكيدا على ما نصت عليه المادة 406 من نفس القانون ، والتي جاء فيها ما يلي: " يجوز التليغ الرسمي[1] للعقود القضائية وغير القضائية ، بتسليم نسخة منها الى المطلوب تبليغه رسميا أينما وجد ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك "

ومن المستقر عليه ان الاعلان الي الشخص المراد تبليغه يعد صحيحا أينما يسلم له وفي اي مكان الذي يتواجد فيه ومن بينها مكان وجوده في الحبس ، وان القانون لم يجعل اعلان الشخص الموجود في الحبس أمرا وجوبيا ، بل يصح اعلان الشخص في موطنه الأصلي أو في مكان وجوده في الحبس ، فاذا تم اعلان الشخص المحبوس شخصيا ، فالحكم الذي يصدر في هذه الحالة يصدر حضوريا ، اما اذا تم تسليم الاعلان الى مدير مؤسسة اعادة التربية ، فيكون المدير في هذه الحالة من الاشخاص المؤهليين للاستلام ، تطبق عليه نفس القواعد التي تطبق على الاشخاص المؤهليين للاستلام.

الحالة الخامسة ـ مخاطبة الشخص المقيم خارج الوطن

قد يكون للشخص المراد اعلانه موطن في الخارج وموطن مختار في الجزائر ، فيصح ان يعلن في موطنه المختار الموجود في الجزائر ، وذلك طبقا لما تقضي به المادة 7/406 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وما اذا كان الشخص المقيم في الخارج ليس له موطن مختار في الجزائر ، يجب اعلانه في موطنه الذي يقع في الخارج.

---

1. التبليغ الرسمي : إن عبارة الرسمي التى وردت فى النص تعد عبارة زائدة ، لان التبليغ الذى يتم عن طريق المحضر القضائي باعتبارة ضابطا عموميا ، فكل المحررات التي يقوم بتحريرها رسمية ولا يحتاج الى نعته انه رسمي ، فهو بحكم من قام بتحريره فهو تبليغ رسمي ، و لذلك يكفى ان يشار الى عبارة التبليغ فقط دون اقترانه بعبارة رسمي.

قد تكون الدولة الجزائرية مرتبطة باتفاقية قضائية مع الدولة الاجنبية التي يوجد بها موطن الشخص المراد تبليغه . فتطبق أحكام الاتفاقية القضائية . وذلك طبقا لما تنص عليه المادة 414 من نفس القانون.

وقد يكون موطن الشخص الذي يقع في اقليم الدولة الاجنبية لا ترتبط بها الجزائر بأيه اتفاقية قضائية . ففي هذه الحالة يتم ارسال التبليغ بالطرق الدبلوماسية المتعارف عليها . وذلك طبقا لما تنص عليه المادة 415 من نفس القانون.

إذن احالت هذه المادة مسألة اعلان الشخص الذي يوجد موطنه خارج الوطن الذي لا ترتبط به الدولة الجزائرية بأية إتفاقية قضائية على الطرق الدبلوماسية . ولم تبين هذه الطرق . مع العلم ان الجهه التي تقوم بالدور الدبلومسي هي وزارة خارجية كل دولة وهذا ما كانت تقضي به المادة 3/22 من قانون الاجراءات المدنية السابق حيث جاء فيها ما يلي : «اذا كان المطلوب تبليغه يقيم فى الخارج . فترسل النيابة العامة النسخة الى وزارة الشؤون الخارجية .....»وتبعا لذلك . يجب ان تسلم النسخة من محضر التبليغ الى النيابة العامة . وهذه الاخيرة بدورها ترسله الى وزارة العدل . وهذه الاخيرة بدورها ترسلة الى وزارة الخارجية . ذلك ان النص القديم يسمح للنيابة العامة ان ترسل مباشرة نسخة من محضر التبليغ الى وزارة الخارجية.

في حين ان النص الجديد قد احال الامر على الطرق الدبلوماسية . وهذه الأخيرة تعني اتباع التسلسل الرئاسي . فلا تسطتيع النيابة العامة الاتصال مباشرة بوزارة الخارجية الا عن طريق وزارة العدل . ويجب ان يكون موطن المراد اعلانه معلوما في الخارج . فإذا كان غير معلوم . فتطبق الإجراءات المتعلقة بالموطن المجهول غير أنه أصبح للشخص موطن مختار في الجزائر وموطن في الخارج يجب اعلانه في موطنه المختار الموجود فى الجزائر.

اذن تلك هي إجراءات اعلان الشخص الطبيعي . فهل هي نفس الإجراءات التي تنطبق على الشخص المعنوي . وهي المسألة التى أتطرق إليها فيما يلي :

الحالة السادسة - إعلان الشخص المعنوي:

يقصد بالشخص المعنوي الأشخاص المعنويين العامين والخاصين ، وفي هذا المقام لا يوجد فرق بينهما فيما يتعلق بالإعلانات القضائية . فقد ورد النص على اعلان الشخص المعنوي في المادة 2/408 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها ما يلي:

" يعتبر التبليغ الرسمي الى الشخص المعنوي شخصيا ، اذا سلم محضر التبليغ إلى ممثله القانوني أو الإتفاقي أو إلى أي شخص تم تعينه لهذا الفرض.

ويتم التبليغ الرسمي الموجه إلى الإدارات والجماعات الاقليمية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الادارية إلى الممثل المعين لهذا الفرض وبمقرها".

وتبعا لذلك ، يعد تبليغ الشخص المعنوي بمثابة تبليغ الشخص المطلوب تبليغه ، اذا تم إلى ممثله القانوني او الاتفاقي أو أي شخص تم تعيينه لهذا الفرض ، وممثل الشخص المعنوي ، هو الذي يتم تعينه وفق قانونه الاساسي . ويعين من احد الشركاء وقد يلجأ الشركاء إلى الى تعيين مسير خارج قائمة الشركاء يتعاقدون معه فيسمي الممثل في هذه الحالة بالممثل الاتفاقي وقد تسند مهمة تلقي الاعلانات الى شخص يتم تعينه لهذا الفرض.

ولذلك لا يصح تسليم الاعلان الا للممثل القانوني او الاتفاقي للشخص المعنوي او الاشخاص المعينين لهذا الفرض ، و لا يصح تسليم الاعلان لغير هؤلاء الأشخاص.

والحكم الصادر في الدعوي الذي يتم فيه تسليم التكليف بالحضور لاحد الاشخاص المشار اليهم يصدر دائما حضوريا.

ان تبليغ الاوراق القضائية .طبقا لهذه النصوص .الى الشخص المعنوي ، سواء كان شخصا عاما اوخاصا يتم طبقا لاجراءات تبليغ الشخص الطبيعي.

ويجب ان يتم تبليغ الاعلان الى ممثل الشخص المعنوي فى موطنه ، ويتحدد موطن الشخص المعنوي بمركز إدارته ، ويقصد بمركز الإدارة المكان الذي تحيا فيه المؤسسة أو الشركة حياتها القانونية فتعقد فيه جمعيتها العمومية ومجلس إدارتها و تصدر منه التوجيهات والأوامر.

وإذا كان للشركة او المؤسسة فرع ورفعت عليها دعوى حول نزاع يتعلق بهذا الفرع فيجب ان ترفع الدعوى على الشركة او المؤسسة أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاص هذا الفرع وفيه يتم تسليم الإعلان.

ويتعين أن يسلم الإعلان للممثل الشركة أو المؤسسة او لمن يصح له استلام الإعلان. ويسلم الاعلان في موطن الشركة أو في أحد فروعها بشرط أن يتعلق هذا النزاع بهذا الفرع.

وقد يمتنع من له صفة تلقي الاعلان عن الشخص المعنوي. فيجب على المحضر القضائي أن يثبت ذلك في محضره. ويقوم بارسال الإعلان اليه عن طريق رسالة مضمنة مع الإشعار بالاستلام. اي تطبق على الشخص المعنوي أحكام المادة 1/410 من نفس القانون.

وعلى المحضر. إذا انتقل إلى مقر الشركة ووجده مغلقا. أن يتثبت من سبب الإغلاق وما إذا كان مؤقتا أم دائما. فإذا كان مؤقتا وجب عليه الرجوع إلى مقر الشخص المعنوي في التاريخ الذي يفتح فيه هذا المقر.

أما إذا كان الإغلاق دائما. ولم يتم التعرف على المقر الجديد. تطبق في هذه الحالة الأحكام المتعلقة بالموطن غير المعروف على الشخص المعنوي.

لقد عالجنا إجراءات انعقاد الخصومة البسيطة. التي تتكون من مدعى عليه واحد. أما الخصومة التى تتكون من اكثر من مدعى عليه واحد. فان السؤال يبقي مطروحا حول إجراءات انعقادها. وهى المسألة التي أتطرق اليها فيما يلي:

الفرع الثاني
الخصومة المكونة من أكثر من مدعى عليه واحد

كان قانون الإجراءات المدنية السابق. يحدد إجراءات انعقاد الخصومة التي يكون فيها أكثر من مدعى عليه واحد. فقد نص في المادة 37 منه على مايلي:

"إذا تعدد المدعى عليهم ولم يحضر أحدهم بالذات أو بواسطة وكيل أجل القاضي الدعوى مع من حضرها أو مثل فيها من الأطراف إلى جلسة أخرى . وكلف الخصم المتغيب من جديد بالحضور إلى جلسة التي يحددها . وذلك بموجب التكليف بالحضور يتم وفق القواعد المنصوص عليها بالمادة 26.

وفي ذلك اليوم يقضي بحكم واحد بالنسبة لجميع أطراف الخصومة . ويكون هذا الحكم غير قابل للمعارضة".

على اعتبار أن الخصومة التي تتكون من أكثر من مدعى عليه واحد غير قابلة للتجزئة.

وتبعا لذلك فإن صدور حكم في موضوع الخصومة التي يكون فيها أكثر من مدعى عليه واحد يحتمل أوصافا مختلفة قد يصدر في حق احدهم حضوريا وفي حق الآخر غيابيا.

والسؤال المطروح فكيف عالج القانون الجديد هذه المسألة التي تعد في غاية الأهمية والخطورة ؟

بالرجوع إلى هذا القانون . نجد قد نص على القواعد العامة المطبقة على الخصومة البسيطة ولم يتطرق إلى الأحكام الخاصة التي يكون فيه أكثر من مدعى عليه واحد . وبالتالي سوى بين الخصومة البسيطة والخصومة التي يكون فيها أكثر من مدعى عليه واحد . ومن ثمة تخضع هذه الخصومة إلى نفس القواعد التي تخضع لها الخصومة البسيطة . وهذه القواعد تعتبر قواعد عامة . لا يمكن الخروج عنها إلا بناء على نص خاص في القانون . ومن ثم وتطبيقا لهذه القواعد سيؤدي ذلك إلى صدور في الخصومة الواحدة حكم يحمل أكثر من وصف واحد . فيصدر بالنسبة للبعض حضوريا والبعض الآخر يصدر غيابيا . مما يسمح للبعض أن يطعن فيه بالاستئناف . والبعض الآخر يطعن فيه بالمعارضة . مما ينشأ عن ذلك صدور أحكام متناقضة لا يمكن التوفيق بينهما.

وإذا كان الأمر يمكن قبوله إذا كان موضوع الدعوى قابلا للتجزئة . إذ يمكن أن يصدر الحكم الواحد يحمل أكثر من وصف واحد.

أما إذا كان الأمر يتعلق بموضوع الدعوى غير قابل للتجزئة ، مثل دعوى الخروج من حالة الشيوع أو دعوى الشفعة أو دعوى تزوير الأصلية ، كل هذه الدعاوى موضوعها غير قابل للجزئة ، ومن ثم يجب أن يصدر حكم واحد يحمل وصفا واحدا بالنسبة للجميع ، والقول بغير ذلك سيجعل من المستحيل المطلق أن يتم الفصل في النزاع المطروح على القضاء.

ولكن السؤال يبقى مطروحا حول مسألة في غاية الأهمية ، وهي ما هو الوصف الذي يلحق الحكم الصادر بناء على التكليف بالحضور الذي يتم عن طريق التعليق ، سواء تعلق الأمر بموطن المدعى عليه المعروف أو غير المعروف ، فهل يصدر هذا الحكم غيابيا أم حضوريا[1] ، وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

---

1 - انظر القرار الصادر بتاريخ 2013/01/17 رقم 848242 عن المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، القسم الثالث ، حيث جاء فيه مايلي:

" وحيث أن الطاعن يعيب على القرار المطعون فيه بدعوى أن قضاة المجلس إنتهوا إلى التصريح بعدم قبول الاستئناف لرفعه خارج الآجال القانونية وإعتمدوا في حساب الشهر إبتداء من تاريخ 2011/05/02 إلى تاريخ رفع الاستئناف الواقع يوم 2011/06/29.

في حين أن ميعاد الاستئناف محدد بشهر واحد إذا تم تبليغ الخصم شخصيا ، أما إذا لم يقع التبليغ شخصيا ، فإن ميعاد الاستئناف يتحدد بشهرين.

وحيث أن الطاعن لم يتم تبليغه شخصيا ، وإنما تم تبليغه عن طريق التعليق ، ومن ثم يكون ميعاد الاستئناف شهرين ، وأن قضاة الموضوع عندما إعتبروا ميعاد الاستئناف شهرا بدل شهرين قد خالفوا القانون مما يعرض قضاءهم للنقض.

وحيث أن مايعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في محله ، ذلك أن الحكم المطعون فيه بالاستئناف هو حكم غيابي إستنادا إلى أحكام المادة 292 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

" في حين أن الحكم المستأنف لم يتم التبليغ إلى الطاعن شخصيا ، وإنما تم عن طريق التعليق ، وتبعا لذلك فالحكم في هذه الحالة يصدر غيابيا ، ومن ثم يصبح ميعاد الطعن مركبا من ميعاد المعارضة المحدد بشهر واحد وميعاد الاستئناف المحدد أيضا بشهر واحد وبذلك يصبح ميعاد الطعن يتكون من ميعاد المعارضة ، وبعد إنقضاء ميعاد المعارضة يبدأ سريان ميعاد الاستئناف ، ولكي ينقضي ميعاد الطعن في هذه الحالة ، يجب أن ينقضي ميعاد المعارضة ، ثم ميعاد الاستئناف.

وحيث أن قضاة الاستئناف عندما انتهوا إلى التصريح بعدم قبول الاستئناف لرفعه خارج الأجل القانوني المحدد بشهر قد خالفوا القانون ، مما يعرض قضاءهم للنقض ".

الفرع الثالث
طبيعة الحكم الصادر بناء على التبليغ عن طريق التعليق[1]

بالرجوع إلى أحكام المادة 288 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تبين متى يصدر الحكم حضوريا . وذلك إذا حضر المدعى عليه شخصيا أمام الجهة القضائية التي تنظر الدعوى . أو حضر أمام المحكمة وكيل أو محام عنه . وهذا النص يتكلم على خصوم الدعوى وهما المدعي والمدعى عليه . في حين أن المدعي لا يكلف بالحضور . فهو الذي يرفع الدعوى ويقوم بتكليفالمدعى عليه بالحضور . ولذلك فإن الحضور والغياب وهو وصف يلحق الحكم الصادر في الدعوى بناء على التكليف بالحضور . فإذا سلم إلى المدعى عليه شخصيا يصدر حضوريا . أما إذا سلم إلى أحد الأشخاص المؤهلين للإستلام فيصدر غيابيا فإذا كلف المدعى عليه بالحضور شخصيا وحضر بنفسه أو لم يحضر أو حضر بواسطة وكيل عنه وسواء قدم مذكرات أو لم يقدمها فالحكم يصدر حضوريا.

في حين نجد أن المادة 293 من نفس القانون تحدد الحكم الحضوري الاعتباري الذي يصدر بناء على تكليف المدعى عليه بالحضور شخصيا ولكنه لا يحضر بنفسه أو بواسطة ممثله القانوني . فإن الحكم الذي يصدر في هذه الحالة يصدر حضوريا اعتباريا.

وتبعا لذلك نستخلص من كل ذلك قاعدة عامة وهي أن الحكم يصدر حضوريا . إذا تم فيه التكليف بالحضور إلى المدعى عليه شخصيا . وسواء حضر أمام الجهة القضائية التي تنظر الدعوى بنفسه أو بواسطة ممثله القانوني . وسواء قدم مذكرة بدفاعه أو لم يقدمها وسواء حضر بنفسه أو لم يحضر فالحكم يصدر حضوريا ولا أثر للتميز بين الحكم الحضوري والحكم الحضوري الاعتباري.

---

1 - إن القواعد المطبقة على التكليف بالحضور التي تبين كيفية تبليغ المدعى عليه من أجل الحضور إلى المحكمة التي تنظر الدعوى . هي نفسها التي تطبق على تبليغ الأحكام القضائية . فتعتبر تلك القواعد عامة تسري على التكليف بالحضور وعلى تبليغ الأحكام القضائية فهي تسري على جميع الاعلانات.

أما إذا لم يتم تكليف المدعى عليه بالحضور شخصيا ، وإنما تم تسليم التكليف بالحضور إلى أحد الأشخاص المؤهلين للإستلام ، ولم يحضر المدعى عليه شخصيا أو بواسطة ممثله القانوني أمام الجهة القضائية التي تنظر الدعوى ، فالحكم يصدر غيابيا.

لكن إذا انتقل المحضر القضائي إى موطن المعلن إليه ولم يجده ، وخاطب أحد الأشخاص المؤهلين للإستلام ورفض تسلم الإعلان ، فيتم تبليغه عن طريق الرسالة المضمنة مع الإشعار بالإستلام بالاضافة إلى تعليقه على لوحة الإعلانات ، فطبقا للقاعدة العامة التي تقضي بأن كل تكليف بالحضور لم يسلم إلى المدعى عليه شخصيا ، فالحكم الذي يصدر بناء على ذلك يصدر غيابيا .

ومن ثم يكون الحكم الذي يصدر بناءا على التكليف بالحضور الذي يتم عن طريق التعليق يصدر غيابيا غير ان الفقرة الاخيرة من المادة 412 من نفس القانون تقضي بما يلي:

"يعتبر التبليغ الرسمي بهذه الطرق بمثابة التبليغ الشخصي "

و المقصود هنا بالتبليغ الشخصي هو التبليغ الذي يتم فيه تسليم التكليف بالحضور الى المدعى عليه شخصيا, و هذا ما تؤكد عليه المادة 408 من نفس القانون على ان يتم التبليغ الرسمي شخصيا ,أي ان القاعدة ان يتم التبليغ الى الخصم نفسه , و استثناء ان يتم التبليغ الى احد الاشخاص المؤهلين للاستلام و المحددين على سبيل الحصر, و الحكم الصادر بناءا على التبليغ الشخصي هو حكم ضروري غير قابل للطعن فيه بالمعارضة .

ان الفارق بين الحكم الحضوري و الحكم الغيابي الاول لا يقبل الطعن فيه بالمعارضة اما الثاني فيقبل الطعن فيه بالمعارضة , و المعيار المميز بينهما يرجع الى الشخص الذي تلقى التكليف بالحضور, فاذا تلقى الشخص المراد تبليغه التكليف بالحضور , فالحكم يصدر حضوريا سواء حضر بعد ذلك المدعى عليه بنفسه او بواسطة وكيل عنه او لم يحضر.

اما اذا تلقى التكليف بالحضور احد الاشخاص المؤهلين للاستلام, و سواء قبل تسلم التكليف بالحضور او رفض التسليم , فاذا رفض فيتم تبليغه عن طريق الرسالة المضمنة مع الاشعار بالاستلام و تعليقه بلوحة الاعلانات و الحكم يصدر غيابيا.

غير انه وبعد الرجوع الى الفقرة الاخيرة من المادة 412 التي تنص على ان التبليغ الذي يتم بهذه الطرق يعد بمثابة التبليغ الشخصي.

وهذه الطرق التي تشير اليها هذه الفقرة هي تلك الطرق المنصوص عليها بالفقرات 1، 2، 3، 4 و 5 من نفس المادة ، و تشمل هذه الطرق التبليغ عن طريق التعليق.

وفي الاصل ان هذه الطرق لا يلجا اليها الا اذا اصبح موطن المعلن اليه مجهولا ،اما اذا كان موطن المعلن اليه معلوما فلا يلجا الى هذه الطرق فيكفي ان يثبت المحضر القضائي في محضره انه انتقل الى موطن المعلن اليه فلم يجده فيه و لكن وجد احد الاشخاص المؤهلين للاستلام، و رفض تسلم الاعلان، فيقوم حينئذ بارسال اليه التبليغ عن طريق رسالة مضمنة مع الاشعار بالوصول ، و كل ما في الامر ان الحكم الذي يصدر في هذه الحالة يصدر غيابيا.

فإذا تم التكليف بالحضور بتلك الطرق التي تشير اليها الفقرة الاخيرة من المادة 412 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية، يعد بمثابة التبليغ الشخصي، في خين ان التبليغ الشخصي هو الذي يتم تسليم فيه التكليف بالحضور الى الخصم نفسه ، انما التكليف بالحضور الذي يسلم الى احد الاشخاص المؤهلين للاستلام فالحكم الذي يصدر بناء على ذلك هو حكم غيابي سواء قبل مستلم الاعلان تسلمه او رفض ذلك ، وهذا ما تقضي به المادة 292 من نفس القانون.

وترتيبا على ذلك فانه و بالمقارنة بين المادة 292 التي تعتبر الحكم الصادر بناء على التكليف بالحضور الذي يتم تسليمه الى احد الاشخاص المؤهلين للاستلام حكما غيابيا في حين ان الفقرة الاخيرة من المادة 412 من نفس القانون التي تعتبر الحكم الصادر بناء على اجراءات التعليق حكما حضوريا، و بذلك يوجد التناقض بين النصين، فاذا صدر حكم بناء على اجراءات التعليق فمن حق المدعى عليه ان يطعن فيه بالمعارضة استنادا الى احكام المادة 292 التي تنص على انه اذا لم يحضر المدعى عليه او وكيله او محاميه رغم صحة التكليف بالحضور يفصل القاضي غيابيا، ومن حق المدعي ان يدفع بعدم قبول المعارضة استنادا الى احكام الفقرة الاخيرة من المادة 412 اذن يوجد التناقض بين النصين ؟

فلم يبق امامنا لإزالة هذا التناقض سوى الرجوع الى قواعد التفسير و التي تقول لنا انه و في حالة وجود التناقض بين النصين , فيجب العمل على التوفيق بينهما ما امكن, فاذا استحال التوفيق بينهما, فيجب اخضاعهما الى مبدا {التهاطر} أي ان احدهما يلغي الاخر , و بالتالي يتم استبعادهما من مجال العمل و اعتبارهما كانهما لم يكونا اصلا.

وانه وبالرجوع الى النصين, فانه يستحيل التوفيق بينهما مما يجعل احدهما يلغي الاخر, ومن ثم و باستبعاد نص المادة 292 و الفقرة الاخيرة من المادة 412 من مجال التطبيق.

وتبعا لذلك سنجد انفسنا امام احكام المادة 293 من نفس القانون التي تنص على ما يلي:

"اذا تخلف المدعى عليه المكلف بالحضور شخصيا أو وكيله أو محاميه عن الحضور, يفصل بحكم اعتباري حضوري, ومن ثم يعتبر كل حكم حضوري صدر بناء على التكليف بالحضور سلم الى شخص المراد تبليغه , سواء حضر بنفسه او بواسطة وكيل او محام عنه فالحكم يصدر حضوريا وما عدا ذلك فالحكم يصدر غيابيا اذا سلم الى احد الاشخاص المؤهلين للاستلام , سواء تسلم التكليف بالحضور أو رفض ذلك وتم تبليغه عن طريق التعليق و النشر فالحكم يصدر غيابيا يقبل الطعن فيه بالمعارضة. و هذا ما أكدت عليه المحكمة في قرارها الذي سبقت الإشارة إليه.

واذا تم الاعلان صحيحا , فترتب عليه مجموعة من الآثار القانونية وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

المطلب الرابع
الآثار المترتبة عن الاعلان القضائي

هناك مجموعة من الآثار التي تترتب على الاعلان القضائي , على أنني اقتصر على تناول أثرين أساسيين وهما: إنعقاد الخصومة المدنية والجزائية وسريان مواعيد الطعن في الاحكام القضائية وتبعا لذلك سأقسم هذا المطلب الى فرعين الأول أتناول فيه انعقاد

الخصومة المدنية والجزائية . والثاني أتناول فيه سريان مواعيد الطعن في الأحكام القضائية وذلك على الوجه التالي:

الفرع الأول
انعقاد الخصومة

واتناول في هذا الفرع كلا من الأثر المتعلق بانعقاد الخصومة المدنية والجرائية على الوجه التالي:

1 - انعقاد الخصومة المدنية

تنشأ الخصومة القضائية بمجرد ايداع صحيفة افتتاح الخصومة لدى امانة ضبط المحكمة.

وهذا ما تنص عليه المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها ما يلي:

"ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة موقعه ومؤرخة تودع امانه الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الاطراف ".

فيرفع الطلب القضائي بواسطة عريضة افتتاح الخصومة ويجب أن تتوافر فيها البيانات التي يتطلبها القانون ، وعلى ذلك تستقل بيانات الاعلان عن البيانات الخاصة بالعريضة . فتخلف بعضها لا يؤثر في صحة الآخر ، وعلى سبيل المثال إذا لم يوقع المدعي على عريضة افتتاح الخصومة فإن ذلك لايؤثر في صحتها[1] . مادام يتمسك بها

1- وذلك ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1998/05/06 الصادر عن الغرفة المدنية تحت رقم 165510 حيث جاء فيه مايلي:
" حيث أن عدم التوقيع على العريضة الافتتاحية لايترتب عليه أي بطلان فيكفي لتصحيح هذا الاجراء أن يتمسك بها المدعي الأصلي وأن هذا الأخير لم يتنصل من العمل الذي قدمه إلى المحكمة وبالتالي فإن التمسك بالعريضة الافتتاحية للدعوى يعد اجراء كافيا لتصحيحها.

ولاينفصل منها، في حين أن عدم توقيع المحضر القضائي أو المعلن إليه على الاعلان يترتب عليه بطلانه.

وحيث أنه يجب أن تؤرخ العريضة الافتتاحية للخصومة والتاريخ الذي يؤخذ بعين الاعتبار ليس التاريخ العرفي[1] الذي يضعه المدعي وانما تاريخ التسجيل الذي يجب على امين الضبط أن يؤشر به على كل من الأصل والنسخ. فإذا أعلنت العريضة الافتتاحية للخصومة دون تأشير عليها بتاريخ تسجيلها بامانة الضبط اصبحت باطلة.

إذن تبدأ المطالبة القضائية. بايداع صحيفة افتتاح الخصومةبامانه ضبط المحكمة. وانطلاقا من هذا الايداع تنشأ سلسلة من الأعمال الاجرائية.

ويتوقف انعقاد الخصومة على إعلان صحيفة افتتاح الخصومة إلى المدعى عليه، ويصبح وجودها معلقا على إعلانها إعلانا صحيحا.

وإذا استوفت العريضة شروطها ولكن بطل إعلانها، فإن ذلك لا يؤثر في رفع الدعوى وانتاج آثارها[2].

في حين إذا بطلت صحيفة رفع الدعوى، يترتب عليه إلغاء جميع الإجراءات اللاحقة وزوال كل الآثار التي ترتبت على ايداعها واعتبار الخصومة لم تنعقد[3].

---

1. انظر القرار الصادر بتاريخ 2005/11/23 رقم 312649 عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القسم الثالث، غير منشور اذ جاء فيه مايلي: "حيث ينعي الطاعنون على القرار المطعون فيه استنادا إلى أن جهة الاستئناف انتهت إلى التصريح بعدم قبول الاستئناف شكلا لتخلف بيان أساسي في عريضة الاستئناف فيها وهو عدم تأريخها، كما تنص عليه المادة 12 من قانون الاجراءات المدنية مما يجعل هذا القضاء منعدم الأساس القانوني يعرضه للنقض.

وحيث أن مايعيبه الطاعنون على القرار المطعون فيه سديد وفي محله، ذلك أن المادة 12 من قانون الاجراءات المدنية تنص على أن ترفع الدعوى إلى المحكمة بعريضة من المدعي مكتوبة ومؤرخة. وأن المقصود في مفهوم هذه المادة بتاريخ العريضة، هو تاريخ ايداعها لدى كتابة ضبط المحكمة، إذ يقوم كاتب الضبط عند تسجيل العريضة بالتأشير على الأصل وباقي النسخ الأخرى بتاريخ تسجيلها، ويجب أن تعلن هذه النسخ إلى المدعى عليه أو المستأنف عليه حاملة تأشيرة تاريخ إيداع العريضة لدى الجهة القضائية المختصة وأن تخلف هذا التاريخ يترتب عليه بطلان العريضة.

وحيث أن قضاة الموضوع لم يبينوا - وبأسباب كافية - ما إذا كانت عريضة الاستئناف جاءت خالية من التأشير عليها بتاريخ ايداعها يتولى أمين الضبط كتابته أم من تاريخ التحرير الذي يتولى الخصم كتابته، فيترتب على الأول بطلان العريضة في حين أن الثاني لايترتب عليه البطلان وأن عدم تبيان ذلك يؤدي إلى نقض القرار المطعون فيه"

2. نبيل اساعيل عمر: الاعلان، ص 138.

3 - نبيل اساعيل عمر: الاعلان، ص 138.

وتنعقد الخصومة القضائية بإحدى الوسيلتين وهما:

بالتكليف بالحضور تكليفا صحيحا أو بحضور المدعى عليه حضورا اختياريا[1] طبقا لما تنص عليه المادة 28 من ق.إ.م ، بحيث تنعقد الخصومة في هده الحالة بدون التكليف بالحضور ويكون هذا القبول من المدعى عليه بانعقاد الخصومة بدون التكليف بالحضور قبولا صريحا أو ضمنا إذا حضر وشرع في مناقشة موضوع الدعوى بغير مايتمسك بالتكليف بالحضور.

وتنعقد الخصومة القضائية سواء تم الاعلان إلى المراد تبليغه إو إلى أحد الأشخاص المؤهلين لاستلام الاعلان.

ويجب التمييز بين انعقاد الخصومة وبين وصف الحكم القضائي . فقد تنعقد الخصومة ، ولو لم يتم اعلان الخصم اعلانا شخصيا ، بل تم اعلانه عن طريق احد الاشخاص المؤهلين للاستلام . فالحكم يصدر غيابيا طبقا لما تنص عليه المادة 292 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

في حين ان الخصومة القضائية لا تنعقد إلا عن طريق الاعلان القضائي إعلانا صحيحا أو بحضور المدعى عليه أمام الجهة القضائية حضورا اختياريا.

1 - أنظر القرار الصادر بتاريخ 1997/03/12 تحت رقم 145507 عن المحكمة العليا الغرفة المدنية حيث جاء فيه مايلي: "حيث أن الخصومة القضائية لا تنعقد إلا بإحدى الوسيلتين بالتكليف بالحضور أو بحضور المدعى عليه احتياريا أمام الجهة القضائية طبقا لما تنص عليه المادة 28 من ق.إ.م.

2 - انعقاد الخصومة الجزائية

إحـالـة:

كل ماذكر بالنسبة لإنعقاد الخصومة المدنية ينطبق على إنعقاد الخصومة الجزائية . بحيث تنص المادة 439 إجراءات جزائية على مايلي:

" تطبق أحكام الإجراءات المدنية في مواد التكليف بالحضور والتبليغات مالم توجد نصوص مخالفة لذلك في القوانين واللوائح ".

وبناء على ذلك فإن القواعد التي تطبق في مجال انعقاد الخصومة المدنية هي نفس القواعد التي تطبق في مجال إنعقاد الخصومة الجزائية . بمعنى أنه يجب على النيابة العامة .في حالة متابعة الشخص على جريمة من الجرائم .أن تكلف المتهم بواسطة المحضر القضائي للحضور امام المحكمة الجزائية ، طبقا للاجراءات التى تجب اتباعها في شأن تكليف الشخص بالحضور امام المحكمة المدنية .

غير أن هناك بعض القواعد التي تنفرد بها الخصومة الجزائية . وهي التي سنحاول تبيانها في هذا الشأن.

فإذا كانت القاعدة العامة تقضي أن الخصومة الجزائية لا تنعقد إلا بناء على التكليف بالحضور يسلم إلى المتهم شخصيا أو إلى أحد الأشخاص المؤهين للإستلام المنصوص عليهم في قانون الإجراءات المدنية والادارية .

وخروجا على هذه القاعدة ، تنعقد الخصومة - في بعض الاحوال - دون التكليف بالحضور ، وذلك بناء على إخطار صادر عن النيابة العامة ، وذلك ماتنص عليه المادة 334 من قانون الإجراءات الجزائية حيث جاء فيها مايلي:

" الإخطار المسلم بمعرفة النيابة العامةيغني عن التكليف بالحضور إذا تبعه حضور الشحص الموجه إليه الإخطار بإرادته"

وبناء على ذلك ، يحق للنيابة العامة أن توجه الإخطار إلى المتهم وتبلغ هذا الأخير سواء بواسطة البريد أو عن طريق الشرطة او ايه جهة إدارية اخري أو تسلم إياه مباشرة.

والإخطار هو عبارة عن استدعاء توجهه النيابة العامة إلى المتهم ، ويجب أن تذكر فيه -تحت طائلة البطلان - الجريمة المتابع عليها والنص القانوني الذي يعاقب عليها ، علاوة على ذكر الشهر واليوم والساعة والمحكمة التي يجب أن يمثل أمامها.

ويشترط في هذه الحاله كي تنعقد الخصومة الجزائية أن يحضر المتهم إختياريا اثر تلقية الاخطار ، أن يقبل ذلك صراحة أو ضمنا.

أما إذا حضر وتمسك بالتكليف بالحضور ، وجب على المحكمة أن تؤجل القضية ويتعين على النيابة العامة أن تقوم عن طريق المحضر القضائي بتكليفه بالحضور.

وإذا سلم الإخطار إلى المتهم شخصيا أو إلى أحد اقاربه ولم يحضرباختياره فيعد ذلك رفضا منه للإخطار. ومن ثمة لا تنعقد الخصومة وذلك أن المادة 395 من قانون الإجراءات الجزائية تشترط حضور المتهم بإختياره فاذا لم يحضر باختيارة فلا تنعقد الخصومة الجزائية إلا بناء على التكليف بالحضور ، يسلم إلى المتهم شخصيا فيصدر الحكم حضوريا.

أما إذا سلم بالموطن لأحد الأشخاص المؤهلين للإستلام . أو سلم بمقر المجلس الشعبي البلدي أو بالنيابة العامة. فيعد الإعلان صحيحا وتنعقد به الخصومة الجزائية ، ولو لم يتبعه جضور المتهم . فكل ما هناك فالحكم الذي يصدر في هذه الحالة يصدر غيابيا.

ويجب أن يتم الإعلان في موطن المتهم ، فإذا قبل او رفض تسلم الاعلان . تطبق احكام المادة 4/408 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

اما اذا استحال تبليغ المتهم فيتم تسليم الاعلان الى احد الأشخاص المؤهلين للإستلام طبقا لما تقضي به المادة 410 من نفس القانون ، واذا رفض الشخص المؤهل استلام الاعلان ، تطبق أحكام المادة 2/412 من نفس القانون والحكم في كل الاحوال يصدر غيابيا.

ويجب التأكيد في النهاية على أنه لا يجوز للجهة القضائية التي تفصل في الدعوى العمومية قبل انعقاد الخصومة الجزائية إنعقادا صحيحا ، واذا فعلت بغير ذلك فان الحكم الصادر يكون معدوما[1] ولا يترتب عليه أي أثر قانوني كقطع مدة السقوط .

هذا فيما يتعلق بالاثر المترتب عن الاعلان القضائي المتعلق بانعقاد الخصومة المدنية والجزائية . والآن انتقل إلى تناول الأثر المترتب عن الإعلان القضائي الخاص بسريان مواعيد الطعن في الأحكام المدنية والجزائية . وذلك على الوجه التالي:

الفرع الثاني
سريان مواعيد الطعن في الاحكام القضائية

كل الاحكام القضائية.كقاعدة عامة .تخضع للطعن فيها خلال ميعاد معين . ولكن سريان هذا الميعاد يختلف من مادة لاخرى . منها ما يسري ابتدأ من تاريخ النطق بالحكم . ومنها ما يسري ابتدأ من تاريخ الاعلان وتبعا لذلك . فان السؤال يبقي مطروحا حول سريان ميعاد الطعن في كل من الاحكام المدنية والجزائية . وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

1 - سريان مواعيد الطعن في الأحكام المدنية

لا تبداء في سريان مواعيد الطعن _ كقاعدة عامة _ في الأحكام المدنية . سواء صدرت حضوريا أو غيابيا إلا بناء على إعلان صحيح . والأصل في الإعلان .سواء كان موضوعه التكليف بالحضور او الطعن في الحكم .أن يتم في الموطن المعلن اليه وأن يسلم إلى المعلن إليه شخصيا.

فإذا لم يكن المعلن إليه موجودا بالموطن . فيسلم إلى أحد الأشخاص المؤهلين للإستلام . فاذالم يسلم الاعلان الى الخصم شخصيا وسلم الى أحد الأشخاص المؤهلين، فإن ميعاد الاستئناف يكون شهرين طبقا لما تنص عليه المادة 2/336 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية . وتبعا لذلك يثور التساؤل في هذا الصدد . اذا صدر حكم

1 . أنظر القرار الصادر بتاريخ 1997/03/12 رقم 145507 عن المحكمة العليا ، الغرفة المدنية.

غيابي . فإن ميعاد المعارضة محدد بشهر واحد طبقا لما تنص عليه المادة 329 من نفس القانون . وإذا بلغ هذا الحكم الى غير الشخص المراد تبليغه . بل الى أحد الاشخاص المؤهلين للاستلام . ففي هذه الحالة لا يسري ميعاد الاستئناف في الاحكام الغيابية الا بعد انقضاء ميعاد المعارضة . وبما ان الحكم الغيابي لم يتم تبليغه الى الشخص المطلوب تبليغه بل الى احد الاشخاص المؤهلين للاستلام . فيكون الميعاد شهرين . ومن ثمه فان ميعاد الطعن في الحكم الغيابي تكون من ميعاد المعارضة وميعاد الاستئناف اي ما يساوي شهرا واحدا زائد الشهرين فيكون المجموع هو ثلاثة اشهر.

وقد يقبل مستلم الاعلان .و مستلم الاعلان قد يكون المعلن اليه شخصيا او احد الاشخاص المؤهلين للاستلام .أن يتسلم ورقة الإعلان . وقد يمتنع عن التسلم أو التوقيع . فيجب على المحضر أن يثبت إمتناع المعلن إليه عن التوقيع أو التسلم وحينئذ يجب أن يعاد تبليغه بواسطة رسالة مضمنة مع الاشعار بالوصول ويحسب الميعاد من تاريخ رجوع الوصل.

وقد يمتنع الشخص المؤهل للاستلام . فيثبت ذلك في محضر ويعاد تبليغه عن طريق رسالة مضمنة مع الاشعار بالاستلام بالاضافة الى تعليق نسخة من محضر التبليغ بلوحة الاعلانات بكل من المحكمة والبلدية . ويبدأ الميعاد من آخر الميعاد استنادا إلى تاريخ ختم البريد أو ختم رئيس أمناء الضبط أو رئيس البلدية . واذا كان الحكم يقضي بالزام المدعي عليه بمبلغ خمسمائة الف دينار . فالى جانب الإجراءات التى سبقت الاشارة اليها ، ان يتم نشر مضمون هذا الحكم في احدى الجرائد الوطنية اليومية.

ذلك ان القواعد التي تطبق على التكليف بالحضور .كما سبقت الاشارة الى ذلك .هي نفسها التى تطبق على تبليغ الاحكام القضائية . باعتبارها قواعد عامة تسري على جميع الاعلانات القضائية ما لم يرد نص خاص يقضي خلاف ذلك.

والحكم قد يصدر حضوريا أو غيابيا . فإذا تم إعلان صحيفة افتتاح الدعوى إلى المعلن إليه شخصيا فيصدر الحكم حضوريا . وأما إذا تم الإعلان إلى أحد الأشخاص المؤهلين للإستلام . واستلم الاعلان فيصدر الحكم غيابيا . أما اذا رفض استلام الاعلان . فيتم نشر الاعلان بلوحة الاعلان بمقر المحكمة والبلدية فيصدر الحكم أيضا غيابيا.

فإذا تم إعلان الحكم الغيابي إلى المعلن إليه شخصيا فبفوات ميعاد المعارضة والاستئناف . فيصبح الحكم حائزا لقوة الأمر المقضي به.

أما إذا تم إعلان الحكم الغيابي إلى الشخص المؤهل للاستلام فيكون ميعاد الطعن هو ثلاثة اشهر . فإذا انقضى عليه ميعاد المعارضة والإستئناف يصبح أيضا الحكم نهائيا حائزا لقوة الأمر المقضي به.

وإذا بلغ الحكم الى الشخص غير معروف الموطن فيكون ميعاد الطعن ايضا هو ثلاثة اشهر .يتكون من ميعاد المعارضة شهرا + ميعاد الإستئناف شهرين بانقضاء هذا الميعاد يصبح الحكم حائزا لقوة الأمر المقضي به.

غير أنه يجوز في هذه الحالة أن يطعن المعلن إليه بعد فوات ميعاد المعارضة والاستئناف في المحضر الرسمي استنادا إلى عدم كفاية التحريات التي قام بها طالب الإعلان ، فإذا أثبت عدم كفايتها يصبح الإعلان باطلا وبالتالي تبقى مواعيد الطعن سارية . فتكون معارضته في هذه الحالة مقبولة.

والآن انتقل الى سريان ميعاد الطعن في الأحكام الجزائية على الوجه التالي:

2 - سريان ميعاد الطعن في الأحكام الجزائية:

تطبق نفس القواعد على تبليغ الأحكام الجزائية التي تطبق على الأحكام المدنية، فيجب على المحضرالقضائي

.لكى يكون التبليغ صحيحا . أن ينتقل إلى موطن المعلن إليه (المتهم) ويسلم له نسخة من الحكم المراد إعلانه وأن يبين ما إذا تم تسليم إلى المتهم شخصيا أو إلى أحد الأشخاص المؤهلين للإستلام.

ويجب أن ينوه في ورقة الإعلان .تحت طائلة البطلان .بأنه تم تسليم نسخة رسمية. فلا تكفي النسخة العرفية .من الحكم او القرار المراد تبليغه ، وأن يذكر جميع البيانات المتعلقة بهذا الحكم وما إذا كان حكما ابتدائيا حضوريا أو غيابيا أو قرارا والجهة القضائية التي أصدرته وتاريخ ورقم هذا الحكم.

وإذا بلغ الحكم الغيابي إلى المتهم أو الشخص المؤهل للاستلام ، دون أن ينوه في محضر التبليغ على حق المتهم في الطعن في هذا الحكم بالمعارضة ، في مهلة عشرة أيام ابتداء من تاريخ تسلم الإعلان، وقع الاعلان باطلا، طبقا لاحكام المادة 411 من قانونالاجراءات الجزائية.

أما إذا رفض المعلن إليه تسلم الاعلان ، فيثبت ذلك في المحضر ويعاد تبليغ الحكم بواسطة رسالة مضمنة مع الاشعار بالوصول طبقا لما تنص عليه الماده 411 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ويسري الميعاد من تاريخ ختم البريد.

أما إذا رفض احد الاشخاص المؤهلين للاستلام الاعلان ، فيثبت ذلك في المحضر ويعاد تبليغه بواسطة رسالة مضمنة مع الاشعار بالاستلام مع تعليق نسخة من محضر التبليغ في لوحة الموجودة بمقر المحكمة والبلدية ويسري الميعاد من تاريخ ختم البريد.

ويتميز سريان مواعيد الطعن في الأحكام الجزائية ببعض الأحكام الخاصة بها ، وذلك لإختلاف الوصف الذي يلحق كل واحد منها ، فيسري ميعاد الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر حضوريا وجاهيا إعتباريا من تاريخ النطق بالحكم.

ويثور التساؤل حول ما إذا أصبح موطن المتهم مجهولا سواء قبل أو بعد صدور الحكم ، فكيف تسري المواعيد فى حق المتهم ؟

فلكي تسري مواعيد الطعن في حق المتهم ، يجب على المحضر أن ينتقل الى آخر موطن له ، ويثبت ذلك في محضره وأن النيابة العامة قامت بجميع التحريات ولم تعثر على موطنه الجديد ، وحينئذ يتم تبليغة عن طريق تعليق نسخة من محضر التبليغ بمقر كل من المحكمة والبلدية طبقا لما تنص عليه الماده 1/412 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وابتداء من تاريخ الختم يسري ميعاد المعارضة والاستئناف وبإنقضاء ميعاد المعارضة والاستئناف يصبح الحكم الغيابي نهائيا حائزا لقوة الأمر المقضي به[1].

---

1. تطبق احكام الماده 1/412 في حالة ما اذا اصبح موطن المتهم مجهولا ، ولا تطبق احكام الماده 418 من قانون الاجراءات الجزائية ، لانها تعد ملغاة ضمنيا بموجب الماده 412 المذكورة أعلاه ، ويتم اعلان المتهم عن طريق تعليق التبليغ بمقر المحكمة والبلدية.

والدليل على حيازة الحكم الغيابي الذي يبلغ عن طريق التبليغ بلوحة اللاعلانات قوة الأمر المقضي به ، ماتنص عليه المادة 412 من قانون الإجراءات الجزائية من أنه يؤدي إلى إنقضاء مواعيد سقوط العقوبة بالتقادم ، وأن هذه الأخيرة لا تسقط بالتقادم إلا بناء على حكم نهائي حائز لقوة الأمر المقضي به طبقا لما تنص عليه المادة 614 من قانون الإجراءات الجزائية . ومن ثمة يحق لكل من النيابة العامة أو المدعي المدني أن يشرعا في تنفيذ الحكم الصادر في الدعوى العمومية أو الدعوى المدنية.

وطبقا لاحكام القاعدة العامة فإن الحكم الحائز لقوة الأمر المقضي به غير قابل لأي طريق من طرق الطعن.

غير أن المادة 412 إجراءات جزائية اوردت إستثناء على القاعدة العامة . حيث تسمح للمتهم بالرغم من فوات مواعيد الطعن .إذا لم يتم تبليغه شخصيا .أن يطعن في هذا الحكم بالمعارضة . ويترتب على قبولها إلغاء الحكم الجزائي والمدني الصادر في الدعوى المدنية التبعية.

وتكون هذه المعارضة مقبولة . مالم تثبت النيابة العامة أن المتهم قد أحيط علما بحكم الإدانه ، بأنه كان يعلم به.

ويجب أن تستمد قرينة علم المتهم من سند تنفيذي . كما إذا قضى الحكم الجزائي بادالة المتهم بالحبس والغرامة . وكلف المتهم بسداد الغرامه . فيعتبر وصل الوفاء بالغرامة سندا تنفيذيا تستمد منه قرينة العلم بالحكم الجزائي الذي قضي عليه بالحبس.

كما تستمد أيضا قرينة العلم من الوصل المتعلق بدفع المصاريف القضائية أو التعويضات المدنية أو من صحيفة السوابق القضائية التي طلبها المتهم مؤشر عليها بالعقوبة التي يتضمنها الحكم الجزائي المعارض فيه.

ويقع عبء إثبات علم المتهم بالحكم الجزائي على عاتق النيابة العامة . فاذا لم تستطع اثبات علم المتهم بالحكم الجزائي الصادر ضده فتكون معارضته مقبولة ، ويسري ميعاد المعارضة في هذه الحالة من تاريخ العلم بالحكم الجزائي .

وبالتالي لا تكون معارضة المتهم في الحكم الجزائي الغيابي مقبولة ، الا ابتدأ من تاريخ العلم به . ويستمد هذا العلم من سند تنفيذي.

أما الحكم الصادر حضوريا اعتباريا اي في غير مواجهة المتهم حسب الأحوال المنصوص عليها بالمادة 347 من قانون الإجراءات الجزائية ،فإن ميعاد الاستئناف يسري ابتدأ من تاريخ الإعلان الى المتهم شخصيا وفي حالة رفضه تسلم الاعلان، يسري ابتدأ من تاريخ رجوع الوصل.

وقد أنتهيت من دراسة الاعلان القضائي باعتباره من الأعمال الإجرائية، وهذه الاخيرة يحدد لها القانون مقتضيات شكلية وموضوعية، يجب توافرها فيها، فإذا تخلف أحد المقتضيات فيأتي العمل الإجرائي مخالفا لنموذجه المرسوم له من المشرع، تعرض إلى الجزاء القانوني المتمثل في البطلان، وتلك هي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

المبحث الرابع
البطلان الإجرائي

مقدمة

البطلان سواء جاء نتيجة لمخالفة قاعدة موضوعية أو إجرائية . فهو في حقيقته ليس إلا جزاء مخالفة العمل القانوني لنموذجه المنصوص عليه قانونا ، فتشل هذه المخالفة قدرة العمل القانوني [1] . وتجعله غير قادرعلى إنتاج ، وترتيب الآثار القانونية التي كان ينتجها ، فيما لو كان صحيحا[2].

وطبقا لما تنص عليه القاعدة العامة ، من أن كل عمل غير صحيح فهو باطل ، إلا أن الأخذ بهذه القاعدة على اطلاقها في مجال الإجراءات ، سيؤدي إلى إهدار الحقوق الموضوعية ، وما كان ذلك أن يكون مقبولا ، لأنه يتناقض مع ما تهدف إليه القاعدة الإجرائية من حماية الحقوق الموضوعية ، لا إلى إهدارها وضياعها.

ظهرت _ نتيجة لذلك _ الاتجاهات المختلفة تبحث عن نقطة التوازن بين احترام أوامر القانون ونواهيه لتوجيه الإجراءات نحو تحقيق غايتها من جهة ، وبين عدم إهدار الحقوق الموضوعية من جهة أخرى ، وأصبح البحث عن نقطة التوازن بين فعاليه القاعدة

1_ إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 735.

2_ نبيل إسماعيل عمر ، الإعلان ، المرجع السابق ، ص 159.

الاجرائية دون التضحية بالحقوق الموضوعية يشكل اهتمام كل من المشرع والفقيه والقاضي ، وتبعا لذلك ظهرت الاتجاهات المختلفة التى حاولت ان تتصدي الى مشكلة البطلان الاجرائي.

وتبعا لذلك ، سأحاول أن اتطرق إلى تعريف البطلان الإجرائي ، ثم إلى الاتجاهات المختلفة التي تناولت مشكلة البطلان الإجرائي ، ثم أسلوب تصحيحيه وأنواعه وكيفية التمسك به والآثار المترتبة عليه.

و من ثمه يتعين تقسيم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: في التعريف بالبطلان الإجرائي.
المطلب الثاني: في الاتجاهات المختلفة في البطلان.
المطلب الثالث:في نظام تصحيح البطلان.
المطلب الرابع: في كيفية التمسك بالبطلان وآثاره

وإلى تفصيل هذه المسائل فيما يلي:

المطلب الأول
في التعريف بالبطلان الإجرائي

يعرف البطلان الإجرائي بأنه وصف يلحق بالعمل الإجرائي ، ويؤدي إلى عدم ترتيبه للآثار القانونية التي تترتب عليه أصلا فيما لو كان صحيحا[1].

ويجب أن يشوب العمل الإجرائي _ لكي يتحقق البطلان _ عيب يؤدي إلى عدم تطابقه مع نموذجه القانوني.

1. فتحي والي ، نظرية البطلان ، المرجع السابق ، ص 6.

والبطلان الإجرائي ينشأ عن تخلف المقتضيات الشكلية فيسمي بالبطلان لعيب الشكل ، وقد ينشأ عن تخلف احد المقتضيات الموضوعية فيسمى بالبطلان الاجرائي الموضوعي.

غير أن البطلان - في مجال العمل الاجرائي - يعود أساسا إلى تعيب الشكل اكثر من غيره من المقتضيات الموضوعية[1] ، استنادا إلى أن العمل الإجرائي يخضع إلى مبدأ الشكلية على خلاف القانون الموضوعي الذي يسوده فيه مبدأ الرضائية.

وتلعب الشكلية في مجال قانون الإجراءات المدنية والإدارية دورا هاما ، حيث يتدخل المشرع بنفسه لتحديد الوسيلة التي يتم بموجبها العمل الإجرائي.

فإذا تم بناء العمل القانوني وفق نموذجه ترتبت عليه آثاره القانونية ، أما إذا تخلف أحد أشكال العمل الإجرائي ، فإن ذلك لا يؤدي إلى ترتيب الآثار القانونية التي ينص عليها القانون. فمثلا يرتب القانون على إيداع العريضة الافتتاحية للخصومة انقطاع التقادم ، و هي تعد بمثابة الاعذار أما إذا جاءت مخالفة لنموذجها كتخلف أحد بياناتها كعدم ذكر موطن المعلن اليه ترتب عليه البطلان ومن ثمة تزول هذه الآثار المترتبة عليها.

والعمل القانوني - مهما كان نوعه – هو عبارة عن بناء قانوني متكامل الأركان ، والقانون هو الذي يقوم ببيان هذه الأركان أو المقتضيات أي يقوم بتشييد له نموذج خاص بكل عمل ، ومن ثمة يجب أن يأتي هذا العمل مطابقا لهذا النموذج.

والبطلان الإجرائي ، قد ينشأ عن تخلف أحد المقتضيات الموضوعية ، هو بطلان يتعلق بالنظام العام ، أما البطلان الناشئ عن تخلف أحد المقتضيات الشكلية ، فحسب ما تهدف القاعدة القانونية إلى تحقيقه ، وبالتالي فمنه ما يتعلق بالنظام العام ، ومنه ما لا يتعلق بالنظام العام ، وخروجا على هذا التقسيم الذي استقرت عليه التشريعات المقارنة فان المشرع الجزائري قد أخذ بالنظرية التقليدية في البطلان المنصوص عليها فى المجموعة لسنة 1806 و التي هجرها كل من الفقه والقضاء ، وهي تلك النظرية التى تنص على أنه لا بطلان بدون نص فى القانون ، و بالتالي لم تبق أية أهمية للتمييز بين البطلان ما اذا كان يتعلق بالنظام العام أم لا ، و هي المسألة التى سأتطرق إليها لاحقا.

1_ إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 731.

وفي الحقيقة إن الخلاف قام فى الفقه والقضاء حول البطلان الناشئ، عن تخلف الشكل غير المتعلق بالنظام العام، لقد ثار حوله خلاف شديد يتعلق بالتساؤل عما إذا كان من الملائم تقرير البطلان على كل مخالفة للشكل مهما كانت تافهة؟ أم يجب قصره وإعماله على العيوب التي تعيب العمل الإجرائي، متى كانت تلك المخالفة على درجة من الجسامة[1]. وقد شكلت الإجابة على هذا السؤال الإتجاهات المختلفة، وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

المطلب الثاني
الاتجاهات المختلفة في البطلان

كان القانون الروماني، يحدد أشكال الخصومة تحديدا جامدا، فيرتب البطلان على كل مخالفة لشكل العمل الإجرائي، مهما كان تافها، ثم ظهر نظام البطلان في القانون الفرنسي القديم، حيث يجعل البطلان مجرد وسيلة تهديدية في يد القاضي، يقرر بحسب ظروف كل قضية، ما إذا كان يتوجب الحكم بالبطلان.

ثم اعتنق المشرع الفرنسي في مجموعة 1806 مذهب لا بطلان بدون نص في القانون، ثم تراجع عنه واعتنق في المجموعة لسنة 1975 مذهب لا بطلان بدون ضرر، في حين اعتنق المشرع المصري -وهو متأثر بمذهب البطلان في القانون الإيطالي- نظرية الغاية من الإجراء.

ويبقى السؤال مطروحا حول المذهب الذي اعتنقه المشرع الجزائري؟

وتبعا لذلك سأقسم هذا المطلب إلى الفروع التالية:

الفرع الاول: نظام البطلان فى القانون الروماني.
الفرع الثاني: نظام البطلان فى القانون الفرنسي.
الفرع الثالث: نظام البطلان فى القانون المصري.
الفرع الرابع: نظام البطلان فى القانون الجزائري.

1- نبيل إسماعيل عمر، الإعلان، المرجع السابق، ص 155.

وإلى تفصيل هذه المسائل فيما يلي:

الفرع الأول
نظام البطلان في القانون الروماني

كان القانون الروماني يحدد أشكال الخصومة تحديدا جامدا . فعلى المدعي ترديد ما حدده القانون من أقوال وعبارات[1] . ولم تكن الشكلية مقصورة على العريضة الافتتاحية للخصومة ، بل امتدت إلى أعمال القاضي . حيث كان يجب عليه أن ينطق بأقوال وعبارات في صيغة رسمية . وطبقا لأشكال خاصة[2] .

ويتم كل عمل إجرائي وفق شكل خاص به . فإذا جاء العمل الاجرائي مخالفا لشكله وقع باطلا مهما كان عيب الشكل تافها . فلا يشترط القانون جسامة الخطأ ولا حدوث ضرر للخصم لكي يقع البطلان[3] . وإذا خسر المدعي دعواه نتيجة ما اعتراها من عيوب شكلية فإنه يخسرها بصفة نهائية . ولا يمكن له أن يرفع الدعوى من جديد بنفس الحق[4] .

ويطلق على هذا النظام في القانون الروماني نظام الدعاوى القانونية ، ثم استبدل بنظام النماذج[5] .

ويقصد بهذا النظام أن يتقدم المدعي أولا بطلب إلى البريتور(Le prêteur) ليأذن له بعرض نزاعه على القاضي قبل أن يرفع الدعوى أمام القضاء ، ويقوم البريتور بسماع الخصوم ثم بعد ذلك يصدر إذنا مكتوبا يسمح لهم فيه بعرض النزاع على القاضي ، وعلى أساس هذا الإذن يصدر القاضي حكمه . ويمكن أن نسمى إذن البريتور بالنموذج ، وتخلص هذا الأخير من كثير من الشكليات التي كانت سائدة في نظام الدعاوى

1- فتحي والي ، نظرية البطلان ، المرجع السابق ، ص 192.
2- نبيل إسماعيل عمر ، الإعلان ، المرجع السابق ، ص 155.
3- فتحي والي ، نظرية البطلان ، المرجع السابق ، ص 193.
4- نبيل إسماعيل عمر ، نفس المرجع ، ص 156.
5- فتحي والي ، نظرية البطلان ، المرجع السابق ، ص 193.

القانونية ، وقد اختفت الشكلية - في هذا النظام - بالنسبة لأعمال الخصوم ، أما أعمال البريتور فلم تتخلص من الشكلية[1] ، وكان هذا الإذن ملزما للخصوم والقاضي ، فليس لهم تعديل الصيغة التي صدر بها الإذن مهما اعتراه من أخطاء أثناء عرض النزاع أو عند تحرير الإذن ، ولا يمنع الخطأ الذي يقع في إذن البريتور من أن يرتب العمل كل آثاره القانونية تماما كما لو كان خاليا من أي خطأ[2].

هذا فيما يتعلق بنظام البطلان في القانون الروماني ، وأنتقل الآن إلى نظام البطلان في القانون الفرنسي فيما يلي:

الفرع الثاني
نظام البطلان في القانون الفرنسي

يقوم نظام البطلان في المجموعة الفرنسية لسنة 1806 على مبدأين:

الأول: لا بطلان بدون نص ، و قد نصت على هذا المبدأ المادة 1030 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي فقد جاء فيها ما يلي " لا يمكن إبطال أي صحيفة أو عمل إجرائي إذا لم يكن هذا البطلان منصوصا عليه في القانون ".

الثاني: أن البطلان وجوبي أو إلزامي ، ففي كل مرة ينص فيها االقانون على البطلان وجب على القاضي أن يحكم به مادام تحققت المخالفة التي جعلها القانون سببا له وذلك ما تنص به المادة 1029 من نفس القانون.

وان أي بطلان الذي ورد النص عليه فى القانون وجب على القاضي أن يحكم به مهما كانت المخالفة تافهة ، وسواء كان من يتمسك بالبطلان قد أصابه ضرر أم لا ،و سواء كان الخصم الدي تسبب فى المخالفة مخطئا ام لا ؟ فإذا لم ينص القانون على البطلان فليس للقاضي أن يقضي به مهما كانت المخالفة جسيمة[3].

1 - فتحي والي ، نظرية البطلان ، المرجع السابق ، ص 194.
2 - نبيل إسماعيل عمر ، الإعلان ، المرجع السابق ، ص 156
3- نبيل إسماعيل عمر ، الإعلان ، المرجع السابق ، ص 219.

وقد واجه هذا النظام نقدا شديدا من قبل كل من الفقه والقضاء ، على أساس أن نظام الذي يقوم على مبدأ لا بطلان بدون نص ، يستوجب - للأخذ به - وجود مشرع على قدر كبير من الكفاءة ، بحيث يستطيع أن يتقصى جميع الأشكال المهمة وينص على البطلان جزاء على مخالفتها وهذا أمر صعب المنال.

ومن اجل الخروج من النظام لا البطلان بدون نص ، فقد ذهب الفقه إلى تفسير المادة 1030 وحصر نطاق تطبيقها فقط على الأشكال غير جوهرية أما الأشكال الجوهرية فلا تخضع لتطبيق احكام هذه المادة.

وتبعا لذلك قسموا الأشكال الإجرائية إلى أشكال غير جوهرية و أشكال جوهرية ، الأولى و هي التي لا يحكم بالبطلان في حالة وقوع مخالفة لها الا إذا نص القانون صراحة على ذلك.

أما الثانية وهي الأشكال الجوهرية ، والتي لا تخضع إلى أحكام هذه المادة ، ويترتب على مخالفتها بطلان العمل الإجرائي سواء نص القانون على البطلان او لم ينص عليه[1].

وقد اختلف كل من الفقه والقضاء حول تعريف الأشكال الجوهرية ، و هي المسألة التي أتطرق إليها عند دراسة نظام البطلان في القانون الجزائري.

وقد أخذ القضاء الفرنسي نفس اتجاه الفقه للخروج على مبدأ لا بطلان من غير نص بالنسبة للأشكال الجوهرية ، وأضاف إلى ذلك معيارا جديدا هو معيار تحقق الضرر من العيب الدى يشوب الشكل القانوني[2].

وتحت نقد كل من الفقه والقضاء لنظام البطلان السابق توصل المشرع الفرنسي سنة 1933 إلى اصدار قانون عدل بموجبه المادة 1029 وجاء فيه أنه رغم النص على البطلان ، فلا يمكن أن يحكم به إلا إذا ترتب عليه المساس بمصالح الدفاع أي إلا إذا ترتب عليه ضرر.

---

1 - فتحي والي ، نظرية البطلان ، المرجع السابق ، ص 220.

2 - فتحي والي ،نظرية البطلان ، المرجع السابق ، ص 246.

وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد أخذ صراحة بمبدأ لابطلان بغير ضرر ، فلم يعد الحكم بالبطلان - عند النص عليه- إلزاميا على القاضي بل أصبحت له سلطة تقديرية فلا يقضي به إلا إذا وقع ضرر للخصم .

غير أن هذا المبدأ لا يطبق إلا استثناء على التكليف بالحضور ، وعريضة الطعن بالاستئناف ، أما حالات البطلان الأخرى ، فهي ما تزال خاضعة للنظام البطلان القديم القائم على مبدأ لا بطلان بدون نص[1] .

وقد تدخل المشرع الفرنسي مرة أخرى سنة 1935 بتعديل المادة 1/135 من قانون الإجراءات المدنية حيث جاء فيها ما يلي:

" أي بطلان لصحيفة أو عمل إجرائي لا يمكن إقراره إلا إذا ثبت أنه يضر بمصالح الخصم ".

وتبعا لذلك ، فلا يمكن الحكم بالبطلان - ولو نص عليه القانون - إلا إذا تحقق الضرر من المخالفة. وأساس هذا المبدأ هو أن الغاية من القانون هي حماية مصلحة معينة ، فإذا لم يلحق أي ضرر بهذه المصلحة فإن الحكم بالبطلان يعتبر مخالفا للعدالة ومنافيا لإرادة المشرع[2] .

وقد أكد المشرع الفرنسي على نفس المبدأ في المجموعة الإجرائية الجديدة لسنة 1975 فقد نص في المادة 2/114 على ما يلي : " أي بطلان لا يمكن الحكم به إلا إذا أثبت الخصم الذي يتمسك به أن العيب قد سبب له ضررا ، سواء كان منصوصا عليه فى القانون أو كان متعلق بالشكل الجوهري ، أو بالنظام العام ".

وتبعا لذلك لا يحكم بالبطلان ما لم يثبت المتمسك به انه لحق به ضرر، إذا أصبح تدور فكرة البطلان وجودا وعدما على وقوع الضرر بمصالح المتمسك به و يقع عبء إثبات الضرر على كل من يتمسك بالبطلان الاجرائي لسبب شكلي ، و الضرر

1 - فتحي والي ، نظرية البطلان ، المرجع السابق ، ص 232.

2_ فتحي والي ، نظرية البطلان ، المرجع السابق ، ص 404.

المقصود هو الذي يؤدي إلى فوات المصلحة التي يريد القانون تحقيقها من الشكل الذي وقعت مخالفته[1].

وبالتالي أصبح القانون الفرنسي يأخذ بنظام لا بطلان بغير ضرر . وطبقا لهذا النظام فلا يحكم بالبطلان ولو كان منصوصا عليه قانونا أو كان متعلقا بالشكل الجوهري أو النظام العام[2] . ما لم يثبت المتمسك به انه لحق بمصالحه ضرر.

وقد فسر بعض الفقه والقضاء فكرة الضرر بوقوع الإخلال بحقوق الدفاع ومن ثمه فلا يحكم بالبطلان إلا إذا كان من شأنه المساس بحق الدفاع للخصم المتمسك به[3].

بينما يؤكد أغلب الفقه أن صياغة نص المادة 173 جاءت عامة فهي لا تقتصر على مجرد الإخلال بحقوق الدفاع بل تشمل الضرر بمصالح الخصم أيا كان مصدره[4].

هذا فيما يتعلق بنظام البطلان في القانون الفرنسي . وانتقل الان إلى نظام البطلان فى القانون المصري كما يلي:

الفرع الثالث
نظام البطلان في القانون المصري

تقوم نظرية البطلان في القانون المصري على فكرة الغاية فإذا تحققت هذه الأخيرة . فلا يحكم بالبطلان سواء نص القانون على البطلان صراحة أو لم ينص عليه . فتحقق الغاية من الإجراء هو الهدف من تقرير البطلان من عدمه . هذا ما تقتضي به المادة 20 من قانون الإجراءات المدنية والتجارية فقد جاء فيها ما يلي:

---

1. نبيل إسماعيل عمر . الإعلان . المرجع السابق . ص 158.
2. نبيل إسماعيل عمر . الإعلان . المرجع السابق . ص 159.
3. إبراهيم نجيب سعد . المرجع السابق . ص 793.
4. إبراهيم نجيب سعد . المرجع السابق . ص 740.

"يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء . ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء ".

ويحتل إثبات الغاية من الإجراء مركزا بارزا في هذه النظرية . فإذا نص القانون على وجوب ان يتم العمل الإجرائي وفق بشكل معين[1] . أو أوجب أن تتضمن الورقة بيانا معينا تحت طائلة البطلان . فادا تم العمل خلاف الشكل المعين أو لم تتضمن الورقة البيان المنصوص عليه قانونا وقع باطلا.

إن القانون يفترض أن الغاية من الاجراء لم تحقق فى حالة ما إذا كان البطلان منصوصا عليه فى القانون . وعلى المتمسك ضده بالبطلان ان يثبت انه وبالرغم من وقوع المخالفة التي آدت إلى البطلان . ومع ذلك فإن الغاية من الشكل أو الإجراء قد تحققت . كأن يتخلف ذكر في محضر التكليف بالحضور .تاريخ الجلسة, إلا آن المدعى عليه قد حضر الى المحكمة فى اليوم و الساعة المحددين لمثوله أمامها . و بذلك قد تحققت الغاية من الشكل . حينئذ لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه صراحة لتحقق الغاية.

أما إذا لم ينص القانون على البطلان صراحة . فالقاعدة أن العمل الإجرائي صحيحا . وعلى من يتمسك بالبطلان أن يثبت أولا وقوع المخالفة التي أدت إلى البطلان . وثانيا أن يثبت تخلف الغاية من الشكل أو الإجراء بسبب هذه المخالفة[2].

ويقصد بالغاية الفائدة أو المنفعة التي يرمي المشرع إلى تحقيقها من الشكل كمقتضى من مقتضيات العمل الإجرائي و الفقه يميز بين الغاية من الشكل والغاية من الإجراء[3]. فتحقيق الغاية من الشكل في أكثر الأحيان تؤدي إلى تحقيق الغاية من الإجراء.

غير أنه وفي بعض الأحيان قد تتحقق الغاية من الإجراء ولا تتحقق الغاية من الشكل . كتوقيع المحضر القضائي على ورقة الإعلان . فالتوقيع لا يتعلق بالغاية التى يرمي اليها الاعلان وهو إيصال واقعة معينة إلى علم المعلن إليه . ومع ذلك إذا تحققت

---

1 - فتحي والي . الوسيط . المرجع السابق . ص407.
2 - إبراهيم نجيب سعد . المرجع السابق . ص 744.
3 - فتحي والي . الوسيط . المرجع السابق . ص406.

الغاية من الإعلان ، فإن ذلك لا يمنع الحكم بالبطلان عند عدم التوقيع المحضر القضائي على الورقة[1].

فتتحقق من خلال هذه الواقعة الغاية من العمل لكن الغاية من الشكل لم تتحقق مما يستوجب الحكم بالبطلان لعدم تحقق الغاية من الشكل.

والخلاصة أن نظام البطلان الذي تبناه المشرع المصري ، يقوم على فكرة الغاية من الشكل فإذا تحققت سواء نص القانون أو لم ينص على البطلان فلا حكم به.

وهذا هو مذهب القانون الفرنسي ، فيقوم نظام البطلان في هذا القانون على فكرة الضرر ، فسواء نص القانون أو لم ينص على البطلان صراحة ، فلا يحكم بالبطلان ما لم يثبت المتمسك به انه لحق به الضرر.

والسؤال يبقي مطروحا حول الموقف المشرع الجزائري ، فكيف عالج هده المسألة ، فهل حدا حدو المشرع الفرنسي أم تبني اتجاها آخر ؟ وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي :

الفرع الرابع
نظام البطلان في القانون الجزائري

قانون الإجراءات المدنية القديم لم ينص صراحة على نظام البطلان . و إنما أخذ ضمنيا بنظام البطلان الذي كان سائدا في القانون الفرنسي فقد اخذ بفكرة الإشكال الجوهرية ضمنيا و ذلك عندما جعل من حالة خرق الاشكال الجوهرية وجها من أوجه الطعن بالتماس إعادة النظر كما أخذ بنظام البطلان الموضوعي وذلك عندما جعل من حالة خرق قاعدة جوهرية فى الإجراءات وجها من أوجه الطعن بالنقض . كما أخذ أيضا بفكرة الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام وغير المتعلقة بالنظام العام كما هو منصوص عليها بالمادة 462 من نفس القانون .

1 - فتحي والي ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص407.

وهكذا ترك القانون القديم بابا مفتوحا لاجتهاد القضاء، يبين في كل مرة متى يصبح الدفع الشكلي متعلقا بالنظام، وغير متعلق به، ومتى يعد الشكل جوهريا من عدمه.

في حين أن القانون الجديد قد تبني نظاما هجينا في البطلان الذي يقوم على قاعدة البطلان بدون نص في القانون، و قاعدة لا بطلان بدون ضرر، فلا يحكم القاضي بالبطلان إلا إذا اجتمعت القاعدتان معا.

كما نجده قد قسم البطلان الإجرائي إلى بطلان للعيوب الشكلية، وبطلان للعيوب الموضوعية.

وتبعا لذلك سأقوم بتقسيم هذا الفرع إلى الفقرات التالية الفقرة الأولى أتناول فيها البطلان للعيوب الشكلية، وفي الفقرة الثانية أتناول فيها البطلان للعيوب الموضوعية، وذلك على الوجه التالي:

الفقرة الأولى
البطلان للعيوب الشكلية

فقد اعتنق المشرع الجزائري - في المجموعة الجديدة للإجراءات - نظاما هجينا، فقد جمع بين القاعدة التى تقضي بانه لا بطلان بدون نص، وهي القاعدة المنصوص عليها فى المجموعة الفرنسية القديمة لسنة 1806، وبين القاعدة التي تقضي بأنه لا بطلان بدون ضرر، وهي القاعدة المنصوص عليها في المجموعة الفرنسية الجديدة لسنة 1975.

وتبعا لذلك سأتناول القاعدتين كما يلي:

أولا: لا بطلان بدون نص في القانون:

فقد نص في المادة 1/60 على ما يلي: " لا يقرر بطلان الاعمال الاجرائية شكلا[1] إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك ".

ويقابل هذا النص ، نص المادة 1030من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم ، حيث جاء فيه ما يلي: " لا يمكن إبطال أية صحيفة أو عمل إجرائي ، إن لم يكن منصوصا عليه في القانون.

فتولى المشرع الفرنسي حصر حالات البطلان ، فإذا لم يرد النص عليها ، لا يجوز للقاضي أن يحكم بالبطلان إلا في الأحوال التي ينص المشرع عليه ، والزام القاضي أن يحكم به ولا يجوز له أن يحيد عنه مادام أن هذا البطلان ورد النص عليه في القانون ، وهذا ما تقضي به المادة 1029 وهذا ما يسمي بالبطلان الالزامي أو الو جوبي.

في حين أن المشرع الجزائري ، نجده قد نص أيضا على قاعدة لا بطلان بدون النص عليه صراحة في القانون ، إذا تبنى المشرع الجزائري نفس نظام البطلان الذي كان سائدا في المجموعة الفرنسية القديمة لسنة 1806 وبالتالي أصبح القاضي مقيدا بالبطلان المنصوص عليه صراحة في القانون.

غير أن هناك فارقا بين نظام البطلان المقرر في المجموعة الفرنسية القديمة ، والبطلان المقرر في المجموعة الجزائرية الجديدة ، إن مناط الحكم بالبطلان في الأولى يكفي أن ينص عليه القانون ، أما في الثانية إلى جانب النص عليه صراحة في القانون أن يترتب عليه ضرر يلحق الخصم.

وقد تعرض نظام البطلان الذي جاءت به الإجراءات المدنية القديمة إلى نقد من الفقه والقضاء الفرنسي ، وهكذا انتهى المشرع الفرنسي في المجموعة لسنه 1975 إلى صياغة نظرية متكاملة في البطلان متأثرا بذلك بأحكام القضاء و آراء الفقه و كرس ذلك

---

1 - إن عبارة: لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلا غير دقيقة لان البطلان يتقرر نتيجة العيب الشكلي ولا يترتب على الشكل بل ان وجود الشكل هو مقتضى ضروريا لصحة العمل الاجرائي.

ولا ينشأ البطلان إلا نتيجة لعيب شكلي ، وكان الأصح أن تحرر هذه الفقرة على النحو التالي: لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية لعيب شكلي.

في المادة 114 من قانون الإجراءات المدنية ، حيث جاء فيها ما يلي :" إن العمل الإجرائي لا يمكن التصريح ببطلانه لعيب شكلي ، إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة ، باستثناء الأشكال الجوهرية أو تلك المتصلة بالنظام العام ".

وبالمقارنة بين المادة 1/60 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 1/114 المشار اليها يتبين أن المشرع الجزائري قد تبنى نظام البطلان الذي جاءت به المجموعة الفرنسية لسنه 1806 ، ولم يأخذ بنظام البطلان الذي جاءت به المجموعة لسنة 1975.

لقد اخذ المشرع بقاعدة لا بطلان بدون نص صريح فى القانون ، وعبارة النص الصريح فى القانون ، لم يرد النص عليها في المجموعة لسنه 1806.

والمقصود من هذه الفقرة التي وردت في النص المادة 60. أن القاضي لا يحكم بالبطلان إلا إذا نص عليه صراحة . فلا يكفى النص الضمني بأن يستعل المشرع عبارة ناهية او نافية كعبارة لا يجوز أو يجب [1]. فلا يجوز الحكم بالبطلان استنادا إلى عدم النص عليه صراحة.

وبالرجوع إلى مواد قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن المشرع لم يستعمل عبارة البطلان ، إلا في ثلاث حالات ، فقد نص في المادة 4/8 ، المادة 275 والمادة 643 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في حين أن باقي الحالات الأخرى يستعمل عبارة تحت طائلة عدم القبول شكلا.

وتبعا لذلك ، فإن المشرع لم ينص صراحة على البطلان وإنما جاء النص عليه ضمنيا ، حيث استعمل عبارة تحت طائلة عدم القبول شكلا ، مع أن هناك فرقا جوهريا بين عدم القبول والبطلان ، يستعمل مصطلح عدم القبول لإنكار على الخصم حقه في سماع دعواه من طرف القضاء ، وبعبارة أخرى عندما يتخلف أحد شروط قبول الدعوى: كالدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة أو أن هذه الأخيرة غير قانونية أوغير حالة كما سبق الاشارة إلى ذلك عند دراسة شروط قبول الدعوى. فيقضي في الدعوى بعدم قبولها، دون أن يلحق بها أي وصف كأن يحكم بعدم قبول الدعوي شكلا.

1 - فتحي والي ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص 405.

في حين أن البطلان الإجرائي . يقصد به وصف يلحق بالعمل الإجرائي يؤدى إلى عدم ترتيب الآثار القانونية التي كان يرتبها لو كان صحيحا.

يجب أن يلحق العمل الإجرائي -كي يقع البطلان -عيب يؤدى إلى عدم تطابقه مع نموذجه القانوني . و لإعمال جزاء البطلان يجب على الخصم أن يتمسك بالبطلان بوسيلة فنية يطلق عليها في الاصطلاح الدفع الشكلي . فإذا كان هذا الدفع على أساس . فإن القاضي يصرح ببطلان العمل الإجرائي . وليس بعدم القبول شكلا.

إذا المشرع قد نص فى الماده 60 على انه لا يتقرر البطلان شكلا إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك . غير انه لم يلتزم بما قرره . ولم يستعمل مصطلح البطلان إلا في حالات نادرة . ويستعمل في مكان البطلان مصطلح عدم القبول شكلا . و بذلك وقع المشرع في التناقض . فهو ينص على ألا يحكم القاضي بالبطلان ما لم يكن منصوصا عليه صراحة في القانون . في حين نجده يستعمل مصطلح عدم القبول شكلا . و يعني به البطلان . وبذلك لم ينص عليه صراحة . فيحق للقاضي ألا يحكم به استنادا إلى عدم النص عليه صراحة.

إن المشرع نص على أنه لا يتقرر البطلان لعيب شكلي إلا إذا نص القانون على ذلك . ولم يستثن -كما فعل المشرع الفرنسي - الأشكال الجوهرية أو المتعلقة بالنظام العام.

وتبعا لذلك . يبقى السؤال مطروحا حول ما إذا تمسك الخصم بخرق الشكل الجوهري . أو أن الشكل يتعلق بالنظام العام فما هو الحل ؟

قبل الإجابة عن هدا التساؤل . ينبغي علي أن أتطرق إلى تحديد فكرة الشكل الجوهري وكذا الشكل المتعلق بالنظام العام . على النحو التالي:

أ- المقصود بالشكل الجوهري:

لم يتطرق كل من القانون الفرنسي و كذا القانون الجزائري الى تعريف الشكل الجوهري . في حين ان الفقة قد تطرق الى تعريفه . غير ان الرأى قد اختلف حوله . فقد ذهب البعض الى تعريفه على انه الشكل اللازم لوجود العمل . أى الشكل الذي يترتب على تخلفه عدم وجود العمل القانوني . أما الشكل غير جوهري فهو الذي لا يؤدي تخلفه

الى عدم الوجود و انما الى البطلان .إذا نص القانون على ذلك[1] . و قد عرفه البعض : ان الاشكال الجوهرية . هي تلك الاشكال التى لا يمكن ان يوجد العمل بغيرها . و لا تكون له الصفة التي ارادها القانون اعطاءها له . ولا يمكن تحقيق الغاية التى قصدها المشرع بغيرها . اما الشكل الثانوي فانه الشكل الذي له بعض الفائدة الا انه لا يعطي للعمل صبغته[2].

والشكل الجوهري هو وسيلة العمل الاجرائي . فيتوقف وجوده على استيفاء هذه الوسيلة التي حددها القانون.

وفي الحقيقة ان الشكل الجوهري هو الشكل الذي يرتبط بكيان واساس العمل الاجرائي وبدونه لا يستطيع تحقيق الغاية المقصودة منه . ولا يتحقق مضمون العمل الاجرائي بدون اسيفاء هدا الشكل . اما الشكل غير الجوهري . فهو الدي لا يترتب على تخلفه اى بطلان . ما لم ينص على البطلان في حالة تخلفه . كتخلف احد بيانات عريضة افتتاح الخصومة . كعدم تحديد مهنة او وظيفة الخصم . هنا وقعت المخالفة لشكل غير جوهري . فلا يترتب عليه اى بطلان ما لم ينص القانون عليه .

ويمكن ضرب بعض الامثلة على الاشكال الجوهرية التى ورد النص عليها في القانون . وهي تلك الاشكال التى نصت عليها المادة 276 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية . على انه يجب ان يتضمن الحكم البيانات التالية : تاريخ النطق بالحكم . الاشارة الى عبارة ان الحكم تم النطق به في جلسة علنية .

إذا جاء الحكم خاليا من تاريخ النطق به او خاليا من الاشارة الى انه صدر في جلسة علنية . تعد مخالفة لشكل جوهري . غير ان القانون لم يرتب اي بطلان على هذه المخالفة.

كما نصت ايضا الماده277 من نفس القانون . على انه لا يجوز النطق بالحكم الابعد تسبيبه . فاذا نطق بالحكم قبل تسبيبه . يعد ذلك مخالفة لشكل جوهري غير ان القانون لم يرتب اى بطلان على هذه المخالفة لشكل جوهري .

1. فتحي والي . نظرية البطلان . المرجع السابق .ص 222 .
2. فتحي والي . نظرية البطلان . المرجع السابق .ص 231 .

كما نصت ايضا الماده 260 من نفس القانون . على وجوب ابلاغ النيابة العامة عشرة ايام على الاقل قبل تاريخ الجلسة بالقضايا التالية : فاذا لم يتم تبليغ النيابة العامة باحدى القضايا المشار اليها في هذه الماده . يعد ذلك مخالفة لشكل جوهري . لكن القانون لم ينص على بطلان عن هذه المخالفة .

كما نصت ايضا الماده 546 من نفس القانون . على ان يودع تقرير المستشار المقرر بامانه الفرقة ثمانية ايام على الاقل قبل انعقاد جلسة المرافعات . ليتسنى للخصوم الاطلاع عليه .

كما نصت ايضا الماده 553 من نفس القانون على أن يتضمن القرار البيانات التالية : الاشارة الى تلاوة التقرير . فاذا صدر القرار و لم يتضمن الاشارة الى انه تم ايداع التقرير بامانة الفرقة ثمانية ايام قبل جلسة المرافعات .و إلى تلاوته فتعد هذه المخالفات لشكل جوهري . غير ان القانون لم ينص على البطلان جزاء هذه المخالفات .

كما نصت الماده 605 من نفس القانون على انه لا يجوز تنفيد حكم او عقد اجنبي الا بعد منحه الصيغة التنفدية من احدى الجهات القضائة الجزائرية . فاذا تم تنفيذ حكم أو عقد اجنبي بدون ان يصدر من احدى الجهات القضائية الجزائرية الأمر بالتنفيذ . يعد ذلك مخالفة لشكل جوهري . غير ان القانون لم يرتب اى بطلان على هذه المخالفة .

كما نصت المادة 636 و ما يليها من نفس القانون على منع الحجز او بيع الاموال المحددة في هذه المادة . فإذا تم بيع أو حجز هذه الاموال . يعد ذلك مخالفة شكل جوهري . غير ان القانون لم يرتب اى بطلان عليها.

فاذا تمسك الخصم بالبطلان استنادا الى خرق الشكل الجوهري المنصوص عليه في هذه المواد . فما هو الحل ؟ طبقا للقاعدة العامة المنصوص عليها بالمادة 60 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية و التى تنص على انه لا يقرر بطلان الاعمال الاجزائية (لعيب) شكلا الا إذا نص القانون صراحة على ذلك و يستخلص من هذا النص ، قاعدة عامة ، وهى ان الاصل في الاعمال الاجرائية الصحة و الاستثناء هو البطلان . و من ثمه لا يمكن الخروج عن القاعدة الا بناء على نص خاص في القانون. اذن ورد البطلان في هذا القانون على المخالفات للاعمال الاجرائية على سبيل الاستثناء ، فإذا لم يرد النص في القانون لا

يمكن للقاضي ان يحكم بالبطلان . سواء تعلق هذا البطلان بالشكل الجوهري او بغيره من الاشكال الاخرى .

اذن على الجهه القضائية التي يتمسك الخصم امامها بالبطلان استنادا الى خرق احد الاشكال الجوهرية المنصوص عليه فى المواد المشار اليها . أن تصرح برفض هذا الدفع استنادا الى احكام المادة 60 التى تعتبر كل الاعمال الاجرائية صحيحة مالم ينص القانون على بطلانها .

غيران التساؤل يبقى مطروحا حول نص المادة 2/358 من نفس القانون و التي تنص على ما يلي :

يعد سببا من اسباب البطلان التى يبني عليها الطعن بالنقض اغفال الاشكال الجوهرية في الاجراءات .

ان فكرة الاشكال الجوهرية .كما رأينا .هى من اجتهاد القضاء الفرنسي . فتبني هذه الفكرة لكي يجد الطريق للخروج من جمود القاعدة القانونية المنصوص عليها بالماده 1030 و التى تنص على انه لا يتقرر بطلان الاعمال الاجرائية ما لم يكن منصوصا عليه في القانون .

و قد استثنى المشرع الفرنسي الاشكال الجوهرية ، والمتعلقة بالنظام العام من قاعدة لا بطلان بدون نص ، حيث يجب أن يقضي بالبطلان في حالة ما إذا تم خرق الشكل الجوهري أو المتعلق بالنظام العام و لو لم يكن منصوصا عليه صراحة في القانون.

في حين ان المشرع الجزائري ، نجده قد نص على قاعدة لا بطلان بدون نص و توقف عند هذا الحد . و لم يستثن الاشكال الجوهرية من حكم القاعدة .

فهولا يعترف بالبطلان ما لم يكن منصوصا عليه في القانون ، بصرف النظر عما إذا كانت المخالفة تتعلق بالشكل الجوهري او النظام العام ، و في مقابل ذلك نجده قد اعتبر كل مخالفة لشكل من الاشكال الجوهرية سببا من اسباب البطلان الذي يبني عليه الطعن بالنقض .

إذن كيف يمكن تفسير موقف المشرع الجزائري . فهو يتبني قاعدة لا بطلان بدون نص في القانون و لم يستثن الاشكال الجوهرية من هذه القاعدة كما فعل المشرع الفرنسي، و طبقا للقاعدة المنصوص عليها بالمادة 60 . فلا يحكم بالبطلان مهما كانت المخالفة

جسيمة للشكل الجوهري ما دام لم يكن هذا البطلان منصوصا عليه في القانون من جهة ،في حين نجده يعتبر المخالفة للشكل الجوهري وجها من أوجه البطلان الذي يؤسس عليه الطعن بالنقض.

فما هو الحل اذا تمسك الخصم بالبطلان إستنادا الى مخالفة الشكل الجوهري في الاجراءات ؟ .

ان الأجابة على هذا نقول: الوضع في القانون الجديد . يختلف عن الوضع في القانون القديم . فهذا الاخير لم يتبين اى نظام في البطلان . وترك الباب مفتوحا امام اجتهاد القضاء ان يقرر في كل مرة . ما اذا كانت هذه المخالفة مخالفة للشكل الجوهري من عدمه.

وتبعا لذلك يمكن لنا القول ان القانون القديم كان يعترف بالشكل الجوهري ولكنه لم يعرفه وترك ذلك لاجتهاد القضاء . يستخلص في كل مرة ما إذا كان هذا الشكل من الاشكال الجوهرية . فيترتب عليه البطلان أم لا.

في حين نجد الوضع في القانون الجديد مختلفا حيث تبني المشرع نظاما في البطلان يقوم على قاعدة لا بطلان بدون نص و لم يستثن الاشكال الجوهرية من حكم القاعدة .

و لذلك فتأسيس الوجه المأخوز من خرق الاشكال الجوهرية . يجب البحث عن النص القانوني الذي يرتب البطلان على هذه المخالفة طبقا لاحكام المادة 60 . و تبعا لذلك فان تفسير خرق الاشكال الجوهرية للاجراءات المنصوص عليه في الماده 2/358 فالمقصود من ذلك . هى الاشكال التى رتب القانون على مخالفتها البطلان . بمعني ان الوجه المأخوز من خرق الاشكال الجوهرية للاجراءات . يقصد به في النهاية ان يؤسس الخصم طعنه على احدى حالات البطلان المنصوص عليها في القانون . كان يؤسس الطاعن الوجه المأخوز من خرق الشكل الجوهري المنصوص عليه بالماده 275 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية والتي تنص على أن يشتمل الحكم – تحت طائلة البطلان – عبارة الجمهورية وبأسم الشعب . إذا كان الحكم المطعون فيه لم يتضمن هذه العبارة.

أما الوجه الذي لا يستند إلى إحدى حالات البطلان المنصوص عليها في القانون فيحكم برفضه حتى لو أسس على الوجه المأخوذ من خرق الشكل الجوهري مادام إن مخالفة هذا الشكل لم يرتب عليها القانون اى بطلان . هذا بعد ان تطرقت الى الاشكال الجوهرية .

وان مخالفتها لا يرتب عليها القانون اى بطلان ما لم يكن منصوصا عليه صراحة في القانون .

و أنتقل الان الى تناول الاشكال المتعلقة بالنظام العام و ذلك على الوجه التالي :

ب - الإشكال المتعلقة بالنظام العام

لقد تطرقنا سابقا إلى الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام المنصوص عليها قانونا.

أما الآن سأتطرق إلى الاشكال المتعلقة بالنظام العام التي لم يرد النص عليها قانونا . و لتحديد فكرة النظام العام يجب الاخذ بالميعار الذى يقوم على تحديد فكرة النظام العام . بالنظر الى الغاية التى تسعى القاعدة القانونية الى تحقيقها فاذا كانت تهدف الى تحقيق المصلحة الخاصة . فهى لا تتعلق بالنظام العام . و من الامثلة على ذلك ما تنص عليه المادة 629 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية التى تمنع تبليغ الشخص ايام العطل ولا خارج ساعات العمل . فهى تسعي الى عدم ازعاج الخصم فى اوقات راحته . و لذلك فهى تهدف الى حماية مصلحة هذا الشخص . و بالتالى فهى لا تتعلق بالنظام العام .

اما اذا كانت القاعدة القانونية . تهدف الى تحقيق المصلحة العامة . فهى تتعلق بالنظام العام و القواعد القانونية التى سبق الاشارة اليها و المتعلقة بالاشكال الجوهرية . كلها تهدف الى تحقق المصلحة العامة خاصة المواد 260 . 605 . 606 . 636 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية .

فالقانون لم يستثن الاشكال المتعلقة بالنظام العام من القاعدة لابطلان بدون نص فى القانون و إذا اخذنا بالقاعدة ان الاصل في الاعمال الاجرائية هى الصحة . والاستثناء هو البطلان الذى يجب ان ينص عليه صراحة فى القانون . اذن فما هو الحل إذا ما تمسك الخصم بالدفع الشكلي المتعلق بالنظام العام ؟

ان الاجابة عن هذا السؤال تكون بالنفي حسب منطوق المادة 60 . لأن القانون نص صراحة على قاعدة لا بطلان بدون نص بصرف النظر عما اذا كان الدفع الشكلي يتعلق بالنظام العام من عدمه و بالتالي لا يجوز للخصم ان يتمسك بالدفع الشكلي امام القضاء

ما لم يكن منصوصا عليه صراحة في القانون . و بذلك يكون المشرع قد الغي الدفوع الشكلية سواء تعلقت بالنظام العام ام لم تتعلق به ما لم يكن منصوصا عليها في القانون.

هذا بعد ان تطرقت الى القاعدة الاولي التي تقضي بانه بطلان بدون نص في القانون . و هو الشرط الاول الذي يجب توافره حتي يمكن ان يقضي بالبطلان . و الى جانب هذا الشرط يجب توافر الشرط الثاني . و هو ان تؤدي المخالفة الى الضرر . وتلك هي المسالة التى اتطرق اليها فيما يلي:

ثانيا : لا بطلان بدون ضرر

فقد نص المشرع فى الماده 2/60 على ما يلي : وعلى كل من يتمسك به (البطلان) ان يثبت الضرر الذى لحق به . فقد تبني المشرع الجزائري نفس اتجاة المشرع الفرنسي فى اعتماده قاعدة لا بطلان بدون ضرر .

لكن ما يميز ما بين التشريع الفرنسي و الجزائري . هو ان الاول يعتبر الضرر الشرط الاساس للحكم بالبطلان . سواء نص القانون صراحة على ذلك ام لم ينص . وسواء تعلقت المخالفة بالشكل الجوهري او تعلقت بالنظام العام . فتقوم فكرة البطلان في هذا النظام وجودا وعدما على فكرة الضرر . في حين ان المشرع الجزائري يشترط الى جانب حدوث الضرر من المخالفة ان ينص القانون صراحة على البطلان .

اذن مناط الحكم بالبطلان في القانون الجزائري ان ينص القانون على البطلان صراحة ، والى جانب ذلك ان يثبت من يتمسك بالبطلان انه لحق به ضرر .

و قد اختلف الراي حول تحديد فكرة الضرر ، ما اذا كان يشترط ان يكون الضرر ماسا بحقوق الدفاع ام الاكتفاء بالضرر ايا كان ؟[1]

فقد كان المشرع الفرنسي فى المجموعة القديمة للاجراءات يحدد الضرربأنه ذلك الضرر الماس بحقوق الدفاع ، ثم عبر عنه فى الماده 173 من قانون الاجراءات المدنية لسنة 1935 بالضرر الذى يلحق بمصالح الخصم .

1.فتحي والي ،البطلان ،المرجع السابق ،ص 353.

اما فى المجموعة الجديدة للاجراءات ، فقد عبر عنه بالضرر الذى يلحق بالخصم نتيجة مباشرة للمخالفة التى حدثت ، و ذلك طبقا لما جاء فى الماده 2/114 ، في حين أن المشرع الجزائري ، قد عبر عنه في الماده 2/60 بالضرر الذى يلحق بالخصم ، و لم يشترط ان يكون الضرر ماسا بحقوق الخصم ، فقد اورد نصا عاما ينطبق على اى ضرر يكون قد لحق بالخصم .

و الضرر يتحقق متى كانت المخالفة ، تؤدى الى اهدار حق او تفويت مصلحة الخصم ، و يقع عبء اثبات الضرر على الخصم المتمسك بالبطلان فيجب عليه ان يثبت الضرر و ذلك عن طريق اثبات وجود علاقة سببيه مباشرة بين العمل المعيب لعيب تشكلي و الضرر الناجم عن ذلك .

و الرأى الغالب في الفقة[1] يعتمد معيار الغاية من الشكل القانوني ، فاذا تحققت الغاية من الشكل القانوني ، انتقى الضرر و بالتالي لا يحكم بالبطلان ، و يتحقق الضرر كلما تخلفت الغاية من الشكل القانوني وبالتالي اصبحت فكرة الضرر تدور وجودا وعدما مع فكرة الغاية من الشكل و من الامثلة على ذلك ما تنص عليه الماده 15 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية و التى جاء فيها ما يلي : " يجب ان تتضمن عريضة افتتاح الدعوي (الخصومة) تحت طائلة عدم قبولها شكلا البيانات التالية 1. الجهه القضائية التى ترفع امامها الدعوي" .

فاذا لم يتم ذكر اسم المحكمة التى رفعت الدعوي امامها ، فان ذلك يؤدي الى بطلان عريضة افتتاح الخصومة ، لان الخصم لا يستطيع معرفة المحكمة التى رفعت امامها الدعوي ، و بذلك تكون الغاية من الشكل قد تخلفت.

غير انه اذا حضر المدعي عليه بتاريخ الجلسة المحددة امام المحكمة التى رفعت الدعوي امامها فتكون الغاية من الشكل القانوني قد تحققت ، فلا يمكن للمدعي عليه الادعاء بالضرر من هذه المخالفة و من ثم فلا يحكم بالبطلان فى هذه الحالة .

و استنادا إلى ما تقدم ، يمكن لنا القول ان نظام البطلان الذى اتي به المشرع الجزائري ، يختلف عن نظام البطلان المنصوص عليه فى المجموعة الفرنسية لسنه 1806 هذا النظام

1. فتحي والي ،البطلان ،المرجع السابق ،ص 349.

يستوجب ان يكون البطلان منصوصا عليه في القانون و هو بطلان الزامي للقاضي و لا يشترط وقوع الضرر للخصم .

كذلك يختلف عن نظام البطلان المنصوص عليه في المجموعة الفرنسية لسنه 1975 ، هذا النظام يقوم على فكرة الضرر ، فلا يحكم بالبطلان اذا لم يثبت المتمسك به انه لحق به ضرر جراء تلك المخالفة ، بصرف النظر عما اذا كان منصوصا عليه صراحة في القانون او لم ينص عليه او كان متعلقا بالشكل الجوهري او الشكل المتعلق بالنظام العام .

بينما نظام البطلان الذى اخد به المشرع الجزائري ، يستلزم ان يكون البطلان منصوصا عليه صراحة في القانون و الى جانب ذلك ، ان يثبت المتمسك به انه لحق به ضرر و لم يستثن الاشكال الجوهرية او تلك المتعلقة بالنظام العام من قاعدة لا بطلان بدون نص .

و هكذا اخذ المشرع الجزائري بنظام يجمع بين النظرية التقليدية في البطلان و التى هجرها اصحابها الاصليون التي ، تقوم على قاعدة لا بطلان بدون نص و بين النظرية الحديثة التى تقوم على قاعدة لا بطلان بدون ضرر و من ثمه يكاد ان يكون الحكم بالبطلان مستحيلا ، وهكذا بقيت قواعد القانون لا يترتب على مخالفتها أي بطلان حتى و لو لحق بالخصم ضرر جسيم .

كان على المشرع الجزائري ان ياخد بالنظرية الحديثة في البطلان و التى تقوم على فكرة الضرر لان الحكم بالبطلان دون اثبات وقوع الضرر من المخالفة هو امر يتنافى مع روح العدالة .

هذا بعد ان تطرقت إلى البطلان للعيوب الشكلية و لآن انتقل الى دراسة البطلان للعيوب الموضوعية و دلك على النحو التالي :

الفقرة الثانية
البطلان للعيوب الموضوعية

مقدمة

يقوم البطلان المستحدث في القانون الاجراءات المدنية و الادارية . على التميز بين البطلان لاسباب شكلية . و البطلان لاسباب موضوعية مقلدا في ذلك مذهب القانون الفرنسي .

و التميز بين نوعي البطلان له اثر بالغ الاهمية و ذلك من حيث القواعد المطبقة على كل حالة منهما فلا يخضع البطلان لاسباب موضوعية إلى قاعدة لا بطلان بدون نص في القانون . و قاعدة لا بطلان بدون ضرر .

و يشترط القانون لكي يقضي بالبطلان ان تحدث المخالفة للقواعدد الموضوعية .

و لذلك يجب ان أتطرق الى دراسة القواعد الموضوعية في الاجراءات التي يرتب القانون على مخالفتها البطلان الموضوعي . والى طبيعة التعداد الذى ورد في القانون. ما اذا ورد على سبيل الحصر ام المثال . وذلك على الوجه التالي:

اولا : المخالفة للقواعد الموضوعية

ان المشرع قد حدد في المادة 64 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية المخالفات للقواعد الموضوعية في الاجراءات في الحالتين . الاولي تتعلق بانعدام الاهلية للخصوم . و الثانية تتعلق بانعدام الاهلية او التفويض لممثل الشخص الطبيعي او المعنوي . وأتطرق الى كل حاله على حدة كما يلي :

أ - إنعدام الاهلية للخصوم :

يتطلب القانون ان تتوافر الاهلية اللازمة لكل شخص يقوم بالعمل الاجرائي و تنقسم الاهلية الى اهلية الاختصام و الاهلية الاجرائية .

و اهلية الاختصام تقابلها اهلية الوجوب و هى تعني صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات و تثبت للشخص بتمام ولادته حيا ، طبقا للماده 25 من القانون المدني.

اما الاهلية الاجرائية فهي تقابلها أهلية الاداء ، و هي تعني قدرة الشخص العقلية على القيام بالتصرفات القانونية ، و تثبت للشخص بتمام بلوغه 19 سنه طبقا للماده 40 من القانون المدني ، و يترتب على انعدام الاهلية بطلان لعيب موضوعي .

و السؤال المطروح ، فما هى الاهلية المقصودة في هذا النص ؟ فهل يقصد من ذلك توافر لدى الخصم اهلية الاختصام ام الاهلية الاجرائية ام توافرهما معا ؟

ان عبارة النص جاءت عامة فنص المشرع على انعدام الاهلية للخصوم ، و بذلك و بحسب عموم النص يجب توافر لدي الخصم كل من اهلية الاختصام و الاهلية الاجرائية اذ يجب ان ينصرف المعنى الى كل من الاهليتين و تخلف احداهما يؤدي الى البطلان لعيب موضوعي .

و في هذا الفرض قد يصدر العمل الاجرائي باسم شخص تنعدم فيه اهلية الاختصام ، فهو صادر من شخص لا وجود له من الناحية القانونية ، كان ترفع الدعوي باسم أو على شخص متوف او ان يصدر العمل الاجرائي من هيكل اداري لا يعترف له القانون بالشخصية المعنويه[1].

---

1 . اهلية الوجوب هي التي تخول الشخص ان يكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات ولا تثبت هذه الأهلية إلا بتمام ولادته حيا ، وقبل ميلاد الشخص حيا ، لا يكتسب أي حق ، باستثناء الجنين الذي يكتسب بعض الحقوق.

- انظر في ذلك القرار الصادر بتاريخ 19/ أفريل 2012 رقم 776392 عن المحكمة العليا الغرفة المدنية ، القسم الثالث ، غير منشور حيث جاء فيه مايلي:

فيكون العمل الاجرائي صادرا عن شخص غير موجود من الناحية القانونية . فيصبح هذا العمل باطلا . بل ينزل الى مرتبة الانعدام . و البطلان المترتب على ذلك هو بطلان لعيب موضوعي .

كما انه قد يصدر العمل الاجرائي من شخص موجود من الناحية القانونية ، يتمتع باهلية الاختصام ، و لكنه لا يحوز على الاهلية الاجرائية ، و يتطلب القانون فيمن يقوم بالعمل الاجرائي ان يتمتع بالاهلية الاجرائية ، و يؤدي تخلفها الى البطلان لعيب موضوعي ، كالقاصر البالغ سن 15 سنة ، فهو يتمتع باهلية الاختصام و لا يتمتع بالاهلية الاجرائية فالعمل الاجرائي الذي يقوم به باطل لعيب موضوعي .

اذن يجب ان تتوافر لدي الخصم الذى يباشر الاعمال الاجرائية كل من اهلية الاختصام و الاهلية الاجرائية .

<<<<

"حيث أنه بالرجوع إلى ملف القضية يتضح أنه بتاريخ 2006/08/07 وقع حادث مرور أدى إلى وفاة المرحوم (ب ي) وترك زوجته (ر ف) حاملا ووضعت حملها يوم 2006/10/28 وبالتالي تكون البنت أريج ولدت بعد وفاة والدها إثر الحادث المذكور.

حيث أن الجنين لا يكتسب الشخصية القانونية إلا بتمام ولادته حيا، طبقا لنص المادة 25 من القانون المدني.

وتبعا لذلك فان مفهوم الشخصية القانونية لا تثبت للانسان إلا بتمام ولادته حيا وتنتهي بوفاته، وابتداء من لحظة تمام ولادته حيا يكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات.

وحيث وأنه وقبل ميلاد الانسان حيا فلا يتمتع بأهلية الوجوب التي يقصد بها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، إلا على سبيل الاستثناء، فيكتسب الجنين بعض الحقوق بشرط أو يولد حيا كحقه في الميراث وتصح له الهبة والوصية وباقي الحقوق الأخرى فلا يتمتع بها إلا بتمام ولادته حيا.

وحيث أنه وأثناء وفاة المرحوم (ب.ي) فإن البنت أريج، لم تكن موجودة من الناحية القانونية وبالتالي ليس لها الحق في التعويض عن وفاة والدها لأنها لم تكتسب بعد الشخصية القانونية التي تمنح لها الصلاحية لاكتساب الحق في التعويض.

وحيث أن قاضي الموضوع عندما انتهى إلى تقرير للطاعنة الحق في التعويض في وقت الحادث لذي لم تكن موجودة من الناحية القانونية ولم تكتسب بعد أهلية الوجوب قد أخطأ في تطبيق المادة 25 من القانون المدني مما يعرض الحكم المطعون فيه للنقض.

- انظر القرار الصادر بتاريخ 20 جوان 2007 رقم 370331 عن المحكمة العليا، الفرفة المدنية، القسم الثالث، غير منشور، وقد انتهت الدعوى الى نقض وإبطال القرار المطعون فيه، على أساس أنه تم رفع الدعوى على المدير الولائي للبريد والمواصلات، وأن المديرية الولائية للبريد والمواصلات، لا تتمتع بالشخصية القانونية، وبالتالي فهي تفتقد إلى الوجود القانوني.

وأن الدعوى يجب أن ترفع على خصم أو من خصم يتمتع بالوجود القانوني وبالتالي يصبح وجود الخصم من الناحية القانونية مقتضى ضروريا لصحة المطالبة القضائية.

غير انه قد يوجد شخص في استحالة مادية او قانونية تمنعه من مباشرة الاعمال الاجرائية بنفسه . فيتولى شخص اخر يباشر نيابة عنه هذه الاعمال . ويعرف ذلك بالتمثيل القانوني وهي المسألة التى أتناولها فيما يلي:

ب - إنعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي

وفي هذا الفرض يوجد الشخص صاحب الحق الموضوعي او صاحب الصفة الاصلية في الدعوي . لكنه لا يستطيع مباشرة العمل الاجرائي بنفسة . و يمنح القانون سلطة مباشرة هذه الاعمال الى شخص اخر . ليس هو صاحب الحق الاصلي في الدعوى أو صاحب الصفة الاصلية .

اذن يوجد شخصان احدهما صاحب الصفة الاصلية في الدعوي و الاخر صاحب الصفة الاجرائية او صاحب السلطة في مباشرة الاعمال الاجرائية عن غيره او ما يسمي بالممثل القانوني عن الشخص الطبيعي او المعنوي طبقا لما تقضي به المادة 2/64 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية . اذ جاء فيها ما يلي :

انعدام الاهلية او التفويض لممثل الشخص الطبيعي او المعنوي .

اذن هذا النص يعالج العلاقة القائمة بين صاحب الصفة الاصلية في الدعوي و الممثل القانوني عن الشخص الطبيعي او المعنوي .

غير ان هذا النص جاء غير واضح و دقيق فبتحليله يتضح لنا ان المقصود من انعدام الاهلية . يعني كلا من اهلية الاختصام والاهلية الاجرائية كما بينا ذلك سابقا .

واهلية الاختصام تقترن بوجود الشخص من الناحية القانونية . وانعدامها يفيد انعدام وجود الشخص.

وتبعا لذلك يطرح التساؤل التالي: فكيف يعقل ان يقوم الشخص بتفويض عنه شخصا غير موجود من الناحية القانونية . فهو بذلك يفوض شخصا ميتا ؟

اما الاهلية الاجرائية فهي تعني القدرة العقلية التي بلغها الشخص و التي تسمح له بمباشرة التصرفات القانونية ، وان انعدمها يفيد انعدام التمييز والادراك لدى الشخص ، مثل المجنون ، او عديم التمييز كالصغير الذي لم يبلغ 13 سنة.

لذلك فان العبارة يجب صرفها الى تخلف الاهلية الاجرائية لا الى انعدامها.

ان المشرع الجزائري قد نص علي حالتي البطلان لاسباب موضوعية وهما انعدام الاهلية للخصوم وتخلف السلطة لممثل الشخص الطبيعي او المعنوي.

وبذلك يبقى السؤال مطروحا حول ما اذا حسم المشرع الجزائري الخلاف القائم في الفقة والقضاء الفرنسي ، حول حالات البطلان لاسباب موضوعية و ما إذا وردت على سبيل الحصر ام المثال ؟

وهل من الصواب ان ينص المشرع على حالات البطلان لاسباب موضوعية على سبيل الحصر ام يترك تلك الحالات لاجتهاد القضاء .

وتبعا لذلك سأتطرق الى دراسة طبيعة التعداد الذي ورد في المادة المشار اليها كما يلي:

ثانيا: طبيعة التعداد الوارد بالماده 64

نجد المشرع الفرنسي قد نص في المادة 117 من قانون الاجراءات المدنية على حالات البطلان لاسباب موضوعية ، ونتيجة لذلك ثار التساؤل حول التعداد الوارد في هذه المادة وما اذا ورد على سبيل الحصر او المثال؟

و اتجهت محكمة النقض الفرنسية ، منذ البداية الى اعتبار تلك الحالات المنصوص عليها بالمادة 117 قد وردت على سبيل الحصر[1] وواجه هذا الموقف انتقادا شديدا في الفقة ، مؤكدا على ان التعداد الوارد في هذه المادة جاء على سبيل المثال .

ثم بعد ذلك اخذت محكمة النقض الفرنسية تتراجع عن موقفها ، و اصبحت تاخذ ببعض حالات البطلان لاسباب موضوعية ، لم يرد تعدادها ضمن احكام الماده 117[2].

1 .فتحي والي ، البطلان ، ص 428.

2 .فتحي والي ، البطلان ، ص 438.

واذا كان المشرع الجزائري ، كما يبدو قد حسم المسألة وذلك عندما نص صراحة على ان بطلان الاعمال الاجرائية من حيث موضوعها محدده على سبيل الحصر ، وذلك طبقا للمادة 64 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ومع ذلك يبقي السؤال مطروحا ، حول ما اذا كان المشرع الجزائري قد حسم بالفعل هذه المسألة ، ام انه و رغم دلك ما يزال ، يثور الخلاف حول هذه المسألة ؟

كذلك يبقي السؤال مطروحا ايضا حول ما إذا اصبحت حالات البطلان محصورة في حالتين ، وهما حالة انعدام الاهلية او انعدام التفويض ، ام ان حالات البطلان متعددة ، ولا يمكن حصرها في حالتين ؟

واذا كانت توجد حالات البطلان لاسباب موضوعية ، لم يرد تعدادها ضمن هذه المادة ، فهل تبقى مع ذلك تلك الحالات تدخل ضمن حالات البطلان لاسباب موضوعية ، ومن ثم تخضع للاحكام التي تطبق على البطلان لاسباب موضوعية ام انها تبقي تخضع للاحكام التي تطبق على البطلان لاسباب شكلية ؟

ان الاجابة على تلك التساؤلات تقودنا الى القول : انه و مما لا شك فيه ان تلك الحالات المنصوص عليها بالماده 64 لا تستغرق كل الحالات المتعلقة بالمخالفات الموضوعية و من ثم يبقي السؤال مطروحا حول معيار التمييز بين المخالفات لاسباب شكلية و المخالفات لاسباب موضوعية ، اي متى تعتبر المخالفة شكلية ، ومتى تعتبر مخالفة موضوعية ؟

اجابة عن هذا السؤال نقول فقد ذهب الفقه الى اعتماد معيار يقوم على طبيعة القاعدة القانونية التي تتعلق بها المخالفة على اساس انه يجب ان ينصب معيار التمييز على مقتضيات العمل الاجرائي الموضوعية والشكلية .

ان العمل الاجرائي هو عمل قانوني و لكي يكون صحيحا قادرا على ترتيب اثاره القانونية يجب ان يستوفي نوعين من المقتضيات الموضوعية و الشكلية .

ويقصد بالمقتضيات الموضوعية ، هي تلك المقتضيات التي تتعلق بجوهر العمل ذاته من حيث ارادية العمل وصلاحية القائم به والمحل الذي يرد عليه وغيرها من المقتضيات التي يتطلبها القانون ، اما المقتضيات الشكلية ، فهي تلك المقتضيات التي تتعلق

بالوسيلة التي يقررها القانون للقيام بهذا العمل وايا كان هذا الشكل او الوسيلة، سواء كان عنصرا داخليا في العمل او ظرف زمان. كأن يشترط القانون ان يتم العمل خلال ميعاد معين او مكان يجب ان يباشر فيه[1].

ان حصر حالات البطلان لاسباب موضوعية في حالتين فلا يتفق مع القواعد العامة. ذلك ان العمل الاجرائي هو عمل قانوني. تتعدد مقتضياتة الموضوعية منها ما يتعلق بعنصر الارادية في مباشرته كان يصدر العمل من خصم تحت اكراه او جنون. ومنها ما يتعلق بصلاحية القائم به. ومنها ما يتعلق بمحله او سببه. ومنها ما يتعلق بالاهلية والتمثيل القانوني[2].

وتبعا لذلك تحدد طبيعة السبب استنادا الى العمل الذي تتعلق به المخالفة. فاذا تعلقت الخالفة بالمقتضيات الموضوعية كان يفقد العمل عنصر الارادية فتعد مخالفة موضوعية. اما إذا تعلقت بالشكل الذي يقرره القانون لمباشرة العمل فتعد مخالفة شكلية وعلى ذلك فان المعول عليه هو في تحديد طبيعة العيب الذي يلحق بالعمل الاجرائي. هو في تحديد طبيعة القاعدة التي تتعلق بها المخالفة.

واستنادا الى هذا الميعار نقول انه ومما لا شك فيه ان الحالتين المنصوص عليهما بالمادة 64 لا تستغرق كل الحلات المتعلقة بالمخالفات الموضوعية. فالقانون يتطلب ان تتوافر في الشخص القائم بالعمل الصلاحية العامة و الخاصة.

ويقصد بالصلاحية العامة ان يكون مباشر العمل الاجرائي متمتعا بصفة الموظف من الفئة التي ينسب اليها العمل[3] فاذا كان العمل الاجرائي مما يصدر عن القاضي، فيجب ان يكون من قام بهذا العمل قاضيا ينتمي الى نفس الفئة فاذا قام بالعمل ليس قاضيا او لا ينتمي الى نفس الفئة التي يجب ان يصدر عنها, فإن العمل الذي يصدر عن الشخص فاقدا للصلاحية العامة يصدر باطلا لعيب موضوعي، أما الصلاحية الخاصة، فيقصد بها أن يكون مصدر العمل صالحا لإستعمال وظيفته في الحالة المعينة، فإذا كان القانون يتطلب أن يصدر الحكم من ثلاثة قضاة وصدر من إثنين، فالحكم يكون باطلا لعدم

1. فتحي والي ،البطلان ،ص 324.
2. فتحي والي ، البطلان ، ص 435.
3. فتحي والي ، البطلان ، ص 437.

صلاحية القاضيين لإصدار مثل هذا الحكم[1]، كذلك تعد من حالات عدم الصلاحية الخاصة أن تقوم حالة من حالات رد القاضي، ورغم ذلك فلا يتنحى ويحكم في الدعوى، فالحكم الصادر في هذه الحالة يكون باطلا لعيب موضوعي لم يرد ضمن الحالتين المنصوص عليهما قانونا.

وجدير بالملاحظة فإن المادة 245 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على وجوب إمتناع القاضي المطلوب رده عن الفصل في القضية إلى حين الفصل في طلب الرد، ولم يرتب القانون على هذه المخالفة أي جزاء.

إن هذه المخالفة يترتب عليها بطلان لعيب موضوعي لم يرد ضمن الحالتين المنصوص عليها قانونا.

وأن مقتضيات العمل الإجرائي متعددة ولا تدخل تحت أي حصر على خلاف ذلك نجد المشرع الجزائري قد أخذ بحالتين هما الأهلية والتمثيل القانوني، وطرح باقي الحالات الأخرى، وتبعا لذلك، فهل تبقى تلك الحالات خاضعة لأحكام البطلان لأسباب شكلية ؟ وإذا كان الجواب بالايجاب، وبذلك لا يمكن تقرير البطلان لأسباب شكلية إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة، ومن الأمثلة على ذلك إذا صدر القاضي الحكم بالرغم من قيام حالة من حالات الرد المنصوص عليها بالمادة 241 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وأن المادة 245 من نفس القانون نصت على وجوب إمتناع القاضي المطلوب رده عن الفصل في القضية، وأنه رغم ذلك فصل فيها، فالقانون لم يقرر صراحة على هذه المخالفة البطلان.

وفي الحقيقة إن هذه المخالفة تتعلق بعدم الصلاحية الخاصة في نظر القاضي هذه القضية لقيام سبب من أسباب الرد، فيترتب عليها بطلان لسبب موضوعي، وبما أن القانون حصر البطلان لأسباب موضوعية في حالتين، وبالتالي تبقى هذه المخالفة الخطيرة بدون جزاء.

وهناك حالات متعددة تشكل مخالفات موضوعية ولا تدخل في التعداد الذي جاءت به المادة 64 وإذا كان المشرع لا يرتب البطلان لأسباب موضوعية، إلا في الحالتين المشار

---

1 - فتحي والي، البطلان، ص 431.

إليها سابقا . ومع ذلك نجد المشرع قد إعتبر المخالفة لقاعدة جوهرية في الاجراءات هي إحدى حالات البطلان التي يبني عليها الطعن بالنقض طبقا للمادة 1/358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

إن قانون الإجراءات يشمل على نوعين من القواعد . قواعد شكلية . وهي التي تحدد وسيلة العمل الاجرائي . فتضبط النشاط الذي يقوم به أشخاص الخصومة القضائية . وقواعد موضوعية . أو كما يطلق عليها قواعد جوهرية . وهي التي تبين جوهر العمل الاجرائي . فتبين الشروط الواجب توافرها في اشخاص الخصومة . من الاهلية والتمثيل القانوني والصلاحية العامة والخاصة وارادية العمل ومحله وسببه وغيرها من المقتضيات.

غير ان المشرع حصر القواعد الموضوعية في قاعدتين . القاعدة الاولى التي تتعلق بالاهلية . والثانية تتعلق بالتمثيل القانوني.

في حين نجد ان المشرع اعتبر كل مخالفة للقواعد الجوهرية او القواعد الموضوعية تؤدي الى البطلان الذى يبني عليها الطعن بالنقض وبالتالي لم يلتزم المشرع بالتعداد الوارد في المادة 64 ومن ثم يكون كل خرق للقواعد الجوهرية في الاجراءات يشكل حالة من حالات البطلان التي لم ينص عليها فكان على المشرع ان يلتزم بما قرره في المادة 64 فينص في المادة 1/358 كل خرق لقواعد الاهلية او التمثيل القانوني.

وفي الحقيقة ان الحالة المنصوص عليها بالماده المذكورة كان منصوصا عليها بالماده 2/233 من قانون الاجراءات المدنية القديم . حيث نص فيها على ما يلي : " مخالفة او اغفال قاعدة جوهرية في الاجراءات . و بالتالي تم تبني هذه الفقرة التى كانت موجودة في القانون القديم".

لكن الوضع في القانون الجديد يختلف تماما ما كان عليه في القانون القديم . هذا الاخير لم يتبن اى نظام في البطلان . وترك الباب مفتوحا امام اجتهاد القضاء حيث يقرر في كل مرة ما اذا كانت هذه المخالفة تشكل خرقا لقاعدة جوهرية ام لا ؟

وطبقا للدلالة الضمنية نقول ان القانون القديم لم يحصر حالات البطلان لاسباب موضوعية . بل تركها لاجتهاد القضاة . فهو يقرر في كل مرة ما إذا كانت هذه المخالفة يترتب عليها بطلان لاسباب موضوعية ولم يحصره في حالات محددة.

ان هذا الاتجاه هو الاسلم خاصة وان كل من الفقه والقضاء في فرنسا يتجه الى اعتبار ما ورد في المادة 117 من قانون الإجراءات المدنية ورد على سبيل المثال لا الحصر.

وجدير بالملاحظة فان المشرع اعتبر في المادة 1/358 كل خرق للقواعد الجوهرية في الاجراءات سببا من أسباب البطلان الذي يبني عليه الطعن بالنقض.

وبطبيعة الحال فان خرق قاعدة جوهرية في الاجراءات يشمل على اكثر من حالة من حالات البطلان لاسباب موضوعية .

وتبعا لذلك ، اذا تم خرق قاعدة جوهرية في الاجراءات ولم ينص المشرع على البطلان لهذه المخالفة ، فهل يحق للخصم ان يتمسك بهذه المخالفة رغم عدم النص على البطلان عليها.

مثلا ان يتمسك الخصم ببطلان اجراءات الحجز او بطلان بيع الاموال المنصوص عليها بالمادة 636 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ان البطلان الناشئ ، عن هذه المخالفات هو بطلان لعيب موضوعي ، لان محل الحجز او البيع ورد على محل غير جائز التعامل فيه أو يطعن الخصم في حكم أو قرار ، ويتمسك بالبطلان استنادا إلى أن الحكم او القرار صدر من التشكيلة مخالفة للقانون فيترتب عن هذه المخالفة بطلان لعيب موضوعي.

لان الحكم او القرار صدر من هيئة لا تتمتع بصلاحية القضاء لكن القانون لم ينص على البطلان على هذه المخالفة فاذا انتهي قضاة الموضوع الى رفض هدا الدفع يكونون قد التزاموا تطبيق احكام الماده 64 التي تقضي على أن حالات البطلان من حيث الموضوع محصورة في حالتين ، انعدام الاهلية او التمثيل القانوني ولم يرتب اى بطلان على حالة انعدام الصلاحية فيمن يقوم بالعمل الاجرائي .

وتبعا لذلك فاذا تمسك الخصم امام المحكمة العليا بالوجه المأخود من خرق قاعدة جوهرية في الاجراءات المنصوص عليها بالماده 1/358 على اساس ان الحكم او القرار صدر من القاضي الذي تتوافر فيه احدى حالات الرد ولم يتنح ، فان القانون لم يرتب على هذه المخالفة اي بطلان من جهة كما انه اجاز للخصم ان يطعن في هذا الحكم او القرار استنادا الى خرق قاعدة جوهرية في الاجراءات ، لان الحكم الصادر من القاضي الذي تتوافر فيه احدى حالات الرد هو حكم باطل لمخالفة موضوعية .

وهنا نجد ان المادة 1/358 التي اعتبرت كل خرق لقاعدة موضوعية حالة من حالات البطلان التي يبني عليها الطعن بالنقض ، وجاءت عبارة النص عامة وبذلك يجب ان تنصرف المعنى الى كل مخالفة لقاعدة موضوعية اى قاعدة جوهرية .

في حين نجد ان المادة 64 قد حصرت المخالفات الموضوعية في حالتين المشار اليهما .

وتبعا لذلك ، فان الطاعن من حقه ان يتمسك بالماده 1/358 وان القرار المطعون فيه قد خرق احكام المادة 245 او المادة 636 من قانون الإجراءات المدنية ، لان تلك المخالفة تشكل خرقا لقاعدة جوهرية في الاجراءات.

في حين ان المطعون ضده يتمسك باحكام المادة 64 من ان المخالفات لاسباب موضوعية محصورة في حالتين ، وان البطلان الذي يتمسك به الطاعن غير منصوص عليه في القانون.

هذه المسألة لم تطرح بعد على المحكمة العليا ولكن اذا طرحت عليها ما هو الحل المتوقع منها ان تتخده ، فهل تتبنى اطروحة الطاعن ام المطعون ضده ؟

ان الاتجاه الذي يمكن ان تسير فيه المحكمة العليا في هذا الصدد هو ان تلجأ الى مقارنة بين نص المادة 64 والذي جاء فيه ان حالات بطلان العقود غير القضائية والاجراءات من حيث موضوعها محددة على سبيل الحصر ، و بين نص المادة 1/358 التي تعتبر كل مخالفة لقاعدة جوهرية تعد سببا من اسباب البطلان التي يبني عليها الطعن بالنقض ومما لا شك فيه ان العمل الاجرائي هو عمل قانوني تتعدد مقتضاياتة الموضوعية كما بينا ذلك فيما سبق ، ومن ثم فان حالات البطلان لاسباب موضوعية يشمل اكثر من الحالتين المنصوص عليها في المادة 64.

والطعن بالنقض يبني على مخالفة لقاعدة جوهرية في الاجراءات يؤدي الى البطلان الموضوعي وهو يلحق اى عمل من الاعمال الاجرائية ، سواء تعلقت المخالفة باحد الاعمال الذي يتم في خصومة الدرجة الاولى او في خصومة جهة الاستئناف.

اذن وكما هو واضح من النصين السالفين يوجد بينهما التناقض احدهما يقضي بان البطلان لعيب موضوعي جاء على سبيل الحصر ، والاخر يقضي بان البطلان لعيب

موضوعي غير محصور في القانون ، فنص على خرق لكل قاعدة جوهرية في الاجراءات ، يعد سببا من اسباب البطلان التي يبني عليها الطعن بالنقض.

و من ثم يبقي السؤال مطروحا حول مسألة التوفيق بين النصين ؟

طبقا للقواعد القانونية في التفسير ، حيث تقضي بانه اذا وجد التناقض بين النصين فيعمل على التوفيق بينهما ما امكن ، فادا اصبح من المستحيل التوفيق بينهما ، فيجب اخضاعهما الى مبدأ التطاهر اى ان كلا منهما يلغي الاخر ، واعتبار كل واحد منهما كأن لم يكن اصلا ، ومن ثم يجب اسبعادهما من مجال العمل و على ضوء ذلك يجب أن تخضع المسألة المطروحة الى حكم القواعد العامة ، على اعتبار ان مقتضيات العمل الاجرائي الموضوعية متعددة .كما بينا .ولا يمكن حصرها في حالتين.

وباستبعاد من المادة 64 الفقرة التي تقضي بان البطلان للعيوب الموضوعية جاء على سبيل الحصر ، وباستبعاد ايضا الفقرة الاولى من المادة 358 من نفس القانون وبذلك يحق للخصم ان يتمسك بالبطلان للعيوب الموضوعية .

بعد استبعاد النصيين المتناقضيين .استنادا الى احكام القواعد العامة .على اعتبار انه لا يوجد ما يقيد حالات البطلان للعيوب الموضوعية و بالتالي لا تخضع لقاعدة لا بطلان بدون نص ولا بطلان بدون ضرر.

وترتيبا على ذلك ، يمكن التصريح بالبطلان استنادا الى هذا الاتجاه أنه في حالة الطعن بالبطلان ، ضد الحكم او القرار الصادر من القاضي الذي تتوافر فيه احدى حالات الرد ولم يتنح عن نظر القضية ، او الطعن بالبطلان ضد الحكم او القرار الذي تضمن حجز او بيع الاموال المنصوص عليها بالمادة 636 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وغيرها من الحالات الأخرى.

وهكذا تبقي حالات البطلان لاسباب موضوعية لاجتهاد القضاء ، يستخلص في كل مرة ما اذا كانت هذه الحالة تدخل ضمن حالات البطلان للاسباب موضوعية أم لا ؟ فإذا وجد أن هذه المخالفة لقاعدة جوهرية ، صرح بقبول الدفع بالطلان لأسباب موضوعية ، دون أن يتقيد بقاعدة لا بطلان بدون نص ولا بقاعدة لا بطلان بدون ضرر.

وأنتقل الآن إلى دراسة موضوع تصحيح العمل الاجرائي الباطل على النحو التالي:

المطلب الثالث
تصحيح العمل الإجرائي الباطل

يعتبر العمل الإجرائي عملا قانونيا يقوم على مقتضيات موضوعية وشكلية . فإذا تخلف أحد المقتضيات ترتب عليه جزاء قانوني هو البطلان.

وتبعا لذلك يثار التساؤل حول ما إذا كان في الإمكان إنقاذ بعض الأعمال الإجرائية من الزوال إذا شابها عيب من العيوب الإجرائية.

واذا كان القانون القديم لم ترد به القواعد التي تنظم تصحيح العمل الاجرائي المعيب ، غير ان المجموعة الجديدة للإجراءات قد ورد فيها نص يقضي بجواز تصحيح البطلان للعيوب الشكلية والموضوعية ، وهذا ما تنص عليه المادتان 62 ، 65 من قانون الإجراءات المدنية والادارية.

وتبعا لذلك سأتطرق إلى إجراءات تصحيح البطلان للعيوب الشكلية ثم العيوب الموضوعية ، وأقسم هذا المطلب الى فرعين الأول أتناول فيه اجراءات تصحيح البطلان للعيوب الشكلية والثاني أتناول فيه تصحيح البطلان للعيوب الموضوعية و ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول
تصحيح العمل الإجرائي لعيب تشكلي

فقد تترتب على الاجراء الباطل بعض الاثار القانونية ، وذلك بشرط ان تتوافر في الاجراء الباطل عناصر اجراء آخر صحيح ، واذا كان العمل الاجرائي مركبا ويقبل التجزئة وكان شق منه صحيحا و الآخر باطلا ، يعتد بالشق الصحيح ، وهذا ما يعرف بنظرية تحول العمل الاجرائي وانتقاصه ، كما يمكن تصحيح العمل الاجرائي بالتكملة ، وقد تحدث

وقائع قانونية، يترتب عليها زوال البطلان. وقد يتم تصحيح العمل الاجرائي بتنازل صاحب المصلحة عن التمسك به، وأتناول كل ذلك على الوجه التالي:

أ. نظرية تحول العمل الإجرائي:

قد يحدث أن يتحول العمل الإجرائي الباطل إلى إجراء صحيح، وهذا التحول ليس إلا تكييفا لمقتضيات العمل غير المعيبة[1]، فإذا توافرت فيه عناصر إجراء آخر وجب الاعتداد بهذا الآخر[2].

يجب التمييز بين تحول التصرف القانوني وبين تحول العمل الإجرائي، فالأول يجب أن تكون نية المتصرف قد اتجهت إلى التصرف المحول إليه في حال علمه ببطلان التصرف الأصلي[3]، بينما تحول العمل الإجرائي يتم بغض النظر عن نية من قام بالعمل، فيشترط أن تتوافر إرادية العمل الإجرائي، فالتحول يمكن أن يتم دون النظر في اتجاه إرادة من قام بالعمل المحول إليه.

ويشترط للأخذ بالنظرية أن يكون العمل الإجرائي باطلا لتخلف مقتضى من مقتضياته الشكلية، وأن تكون المقتضيات الباقية تكون عملا قانونيا آخر صحيحا يعرفه القانون[4].

ومن أمثلة التحول، إذا كان حلف اليمين الحاسم باطلا لعيب شكلي فإنه يمكن أن يتحول إلى إقرار قضائي صحيح. وكذا تسليم صورة من الإعلان في موطن غير موطن المعلن إليه، فإذا صادف أن تسلم المعلن إليه الصورة فإن الإعلان في موطن غير موطن المعلن إليه هو إعلان باطل لكنه يتحول إلى إعلان صحيح مادام المستلم هو المعلن إليه[5].

1- فتحي والي، نظرية البطلان، ص 648.
2- إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ص 760.
3- فتحي والي، الوسيط، ص 422.
4- فتحي والي، نظرية البطلان، ص 651.
5- فتحي والي، نظرية البطلان، ص 651.

والسؤال الذي يطرح هل يمكن أن نأخذ بنظرية تحول العمل الإجرائي في ظل التشريع الجزائري ؟ هذه الصورة لم ينص عليها المشرع الجزائري.

وطبقا لتعريف نظرية تحول العمل الإجرائي من أنها ليست سوى تكييف لمقتضيات العمل الإجرائي غير المعيبة نرى أن الأخذ بهذه النظرية لا يحتاج إلى نص في التشريع ، ذلك أن كل عمل قانوني صحيح يرتب عليه القانون آثاره.

والأخذ بنظرية تحول العمل الإجرائي لا يشكل استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بأن العمل الباطل لا يرتب أي أثر كأصل عام.

والاستثناء هو أن المشرع يرتب عليه بعض الآثار القانونية ، فعقد الزواج الباطل يرتب عليه المشرع الأثر ، هو ثبوت النسب ، كما يرتب على بطلان عقد الشركة الأثر ، هو تصفيتها[1].

لكن المسألة في نظرية تحول العمل الإجرائي ليست مسألة بطلان وترتيب بعض الآثار القانونية عليه وإنما هي مسألة عمل باطل ، يتحول إلى عمل صحيح ، وتبعا لذلك فإنه يخضع لأحكام القواعد العامة التي يخضع لها العمل الإجرائي الصحيح دون حاجة إلى نص خاص.

ب . نظرية انتقاص العمل الإجرائي:

لكي يمارس الانتقاص يجب أن يكون العمل الإجرائي عملا مركبا من عدة أجزاء قابلة للتجزئة أو الانقسام ، ويكون احد الأجزاء معيبا ، وتبقى الأجزاء الأخرى صحيحة[2].

ومن الأمثلة على ذلك أن يصدر حكم يتضمن أكثر من موضوع ، فإذا طعن المحكوم عليه في شق منه وقضت المحكمة ببطلان الحكم المطعون فيه[3] ، فيصبح الحكم

1_ أنظر المادة 445 من القانون المدني التي ترتب الأثر على البطلان.

2_ فتحي والي ، نظرية البطلان ، ص 654.

3_ أنظر القرار رقم 203042 مؤرخ في 1999/07/07 الصادر عن المحكمة العليا ، فقد انتهى إلى إبطال القرار المطعون فيه في الشق المتعلق بالمنشآت المقامة على العقار المتنازع عليه ، ورفض الطعن في الشق المتعلق بالعقار ، وهذا القرار ليس إلا تطبيقا من تطبيقات نظرية انتقاص العمل الإجرائي.

صحيحا في الشق الذي لم يطعن فيه، وباطلا في الشق الذي طعن فيه وقضى فيه بالبطلان[1].

هذه الصورة لم يرد نص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لكنه وإعمالا بالقواعد العامة فإنها لا تمنع من الأخذ بها.

ج. تصحيح البطلان بالتكملة:

يقصد بتصحيح البطلان بالتكملة إزالة العيب الذي شاب الإجراء سواء بتجديد الإجراء الباطل بحيث يحل محله إجراء آخر صحيح أو بتجديد شق منه لتغيير العنصر المعيب فيه أو بإضافته، كتسليم الإعلان بالحضور أمام المحكمة، حيث يجب أن تحدد فيه مهلة لا تقل عن 20 يوما قبل انعقاد الجلسة، ويبدأ هذا الميعاد من تاريخ تسلم الإعلان، فإذا تضمن الإعلان مهلة أقل من تلك المحدده في القانون وحضر المعلن إليه وتمسك ببطلان الإعلان لهذا السبب فإن القاضي لا يحكم ببطلانه، ويتم تصحيح هذا الإعلان بالتكملة وذلك بإعطاء المعلن إليه مهلة جديدة.

وتبعا لذلك اذا جاء العمل الاجرائي معيبا حيث ينقصه مقتضي من مقتضيات صحته، يمكن التصحيح ذلك عن طريق تكملة المقتضي الذي ينقص العمل الاجرائي، باضافة الى العمل الباطل المقتضي الذي ينقصه، ومن خلال هذه العملية يصبح العمل الباطل عملا صحيحا كتقديم صحيفة الدعوى او الطعن والتي ينقصها احد البيانات التى يتطلبها القانون توافرها فيها[2] كالعريضة التى ينقصها موطن المدعي فتصبح هذه العريضة التي ينقصها هذا المقتضي باطلة، لكن هذا البطلان يمكن تصحيحه، بتقديم عريضة اضافية تحمل موطن المدعي، او يرفع الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا دون ان تكون عريضة الطعن بالنقض مصحوبة بنسخة مطابقة للأصل من القرار المطعون فيه، فان هذا النقص يمكن تكملته بايداع نسخة مطابقة للأصل من هذا القرار في ملف القضية، او اعلان عريضة افتتاح الخصومة التي يكون موضوع الطلب القضائي غير معين تعينا كافيا

1_ فتحي والي، في الوسيط، ص 423،
_ فتحي والي، نظرية البطلان، ص 655.
2. احمد ابو الوفا، نظرية الدفوع، دار المعارف، ط4سنه 1968 ص 110.

نافيا للجهالة ، فيمكن تصحيح هذا المقتضي بواسطة اعلان عريضة اخرى تكمل هذا النقص[1].

ويمكن التصحيح بالتكملة سواء تعلق البطلان بالمصلحة العامة او المصلحة الخاصة[2].

ويتطلب القانون شروطا توافرها في التصحيح بالتكملة ، وهي كالتالي:

1 - يجب ان يتم التصحيح فى الميعاد القانوني

طبقا للقاعدة العامة التى تقضي بانه اذا حدد القانون ميعادا للقيام بعمل ما ، فيجب ان يتم هذا العمل ، بجميع مقتضياتة في هذا الميعاد فاذا رفع استئناف من غير محام ، فيمكن تكملة هذا المقتضي بايداع عريضة الإستئناف من محام خلال ميعاد الإستئناف ، فاذا انقضي هذا الميعاد ، أصبح التصحيح غير مقبول[3].

واذا لم يكن هناك ميعاد يجب القيام بالعمل خلاله ، فان المحكمة هي التي تعين ميعادا للتصحيح ، فاذا لم يقم الخصم بالتصحيح خلال هذا الميعاد اصبح التصحيح غير مقبول ايضا ، كأن يأتي موضوع الطلب القضائي ناقصا ، فتأمر المحكمة باستكمال هذا النقص خلال اجل محدد ، فاذالم يقم المدعي باستكمال هذا النقص خلال هذا الميعاد[4] ، فيصبح التصحيح غير مقبول وتقتضي المحكمة بابطال عريضة افتتاح الخصومة.

2 - يجب أن يتمسك صاحب المصلحة بالتصحيح

اذا توافرت الشروط الخاصة بمكنه التصحيح بالتكملة ، وهي مكنة مقررة للخصم الذي قام بالاجراء المعيب ، وهو يباشرها دون ان يتوقف على ادن المحكمة ، وهذه

1 . فتحي والي ،البطلان ،ص 620 .
2 . فتحي والي ،البطلان ،ص 610 .
3 . فتحي والي ،البطلان ،ص 611 .
4 . أحمد ابو الوفا ،الدفوع ،ص 110 .

الاخير ليس لها ان تأمر بالتصحيح من تلقاء نفسها ، مهما كان العيب الذي يشوب العمل الا في الاحوال التى ينص فيها القانون على ذلك.

ويحق لصاحب المصلحة ان يباشر التصحيح بمجرد توافر شروطه ، سواء كان ذلك قبل او بعد التمسك بالبطلان ، كأن يتمسك المدعي عليه ببطلان عريضة افتتاح الخصومة لتخلف احد البيانات التي تنص عليها المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، حيث جاء فيها ما يلي:

"يجب ان تتضمن عريضة افتتاح الدعوى (الخصومة)، تحت طائلة عدم قبولها شكلا[1] البيانات الآتية ...... " كالعريضة التى يقدمها الخصم ولا يذكر فيها موطنه أو لا يشير الى إسم أو طبيعة الشخص المعنوي .

إن هذه العريضة ينقصها هذا المقتضي فيؤدى الى بطلانها ، فاذا بادر المدعي الى تقديم عريضة يتمسك فيها بالتصحيح باضافة المقتضي الناقص ، فيؤدي ذلك الى تصحيح العريضة ومن ثم يجب ان يتمسك صاحب المصلحة بالتصحيح ، وذلك بقيامه بالعمل الذي يؤدي إلى ذلك.

ج - التصحيح بالحضور:

اذا كلف الشخص خصمه بالحضور ، وكانت ورقة التكليف بالحضور معيبة ، فهل يحق للخصم رغم حضوره ان يتمسك ببطلان التكليف بالحضور ؟

---

1 . ان المشرع نص على ان العريضة التى ينقصها احد البيانات تقع تحت طائلة عدم قبولها شكلا.
ان مفهوم عدم القبول يقصد به تخلف احد شروط قبول الدعوي كتخلف المصلحة او أن المصلحة غير قانونية أو المصلحة غير قائمة ولا حالة ، او انتفاء الصفة فاذا تخلف احد الشروط قبول الدعوي فيقضي بعدم قبولها ، واما اذا جاء العمل الاجرائي مخالفا للقاعدة القانونية كالعريضة التى جاءت مخالفة لاحكام المادة 15 فيترتب على هذه المخالفة جزاء يتمثل فى البطلان وليس عدم القبول .
ولذلك ، كان الأصح ان ينص المشرع على ان تتضمن العريضة ، تحت طائلة البطلان وليس عدم القبول شكلا ، لان التميز بين المفهومين يترتب عليه اثر فى غاية الاهمية والخطورة .

ان حضور المدعي عليه او ممثله القانوني يصحح التكليف بالحضور لانه بحضوره وتمكينه من ابداء دفاعه في القضية . وبذلك تتحقق الغاية من الشكل القانوني . مما يؤدي الى انتفاء اي ضرر يمكن ان يلحق به.

غير انه يجب التمييز بين التكليف بالحضور اذا كان باطلا للعيب الشكلي أو باطلا للعيب الموضوعي.

اذا كان التكليف بالحضور باطلا للعيب الشكلي . فان حضور المدعى عليه يصحح العمل الاجرائي باثر رجعي غير انة اذا سلم التكليف بالحضور لمدة اقل من 20 يوما بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور والتاريخ المحدد لأول جلسة . وحضر المدعي عليه وتمسك ببطلان التكليف بالحضور لعدم احترام الاجل المحدد بحضور الجلسة ان حضور المدعي عليه لا يصحح التكليف بالحضور وانما يصحح بالتكملة . فتؤجل القضية ويمنح المدعي عليه المدة الناقصة لاحترام حقوق الدفاع.

اما إذا كان التكليف بالحضور باطلا للعيب الموضوعي . وحضر المدعي عليه او ممثله القانوني . فإن هذا الحضور لا يصحح التكليف بالحضور . استنادا الى القاعدة التي تقضي بانه لا بطلان بدون ضرر فلا تطبق هذه القاعدة على هذه الحالة فيقع البطلان بمجرد تحقق الواقعة المنشئة له . دون اشتراط اثبات الضرر الذي يلحق بالخصم نتيجة لهده المخالفة[1].

د - تصحيح العمل الإجرائي بالنزول

قد يكون تصحيح العمل الاجرائي بالنزول عن البطلان من صاحب المصلحة . فيحق لمن تقرر البطلان لمصلحتة أن ينزل عن التمسك به . ويترتب على ذلك عدم قابلية العمل الاجرائي للبطلان . وهذا ما تنص عليه المادة 63 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها ما يلي : "لا يجوز التمسك ببطلان الاعمال الاجرائية . الا لمن تقرر البطلان لصالحة ". والبطلان للعيوب الشكلية كله لا يتعلق بالنظام العام

1. فتحي والي .البطلان . ص 630 .
.احمد ابو الوفا . الدفوع . ص 113 . 126 .

حيث اصبح لا يجوز للقاضي ان يحكم بالبطلان سواء كان متعلقا بالنظام العام او بالشكل الجوهري ما لم يكن منصوصا عليه في القانون .

اذن لكي يجوز لصاحب المصلحة ان ينزل عن البطلان هو البطلان المنصوص عليه في القانون ، وبالتالي يعتبر المشرع البطلان المنصوص عليه في القانون ، هو بطلان يتعلق بمصلحة الشخص وانه لا يتعلق بالنظام العام.

فاذا نزل صاحب المصلحة عن البطلان ولم يتمسك به يصبح العمل الاجرائي المعيب صحيحا ، ومن الامثلة على ذلك ، ان يتسلم الخصم التكليف بالحضور يوم العطلة الاسبوعية ، فيقع باطلا ، فاذا حضر المدعي عليه المكلف بالحضور اما المحكمة ولم يتمسك بالبطلان ، فيصحح هذا البطلان عن طريق النزول عنه ، لأن البطلان مقرر لمصلحة المدعي عليه ، ذلك أنه يمنع اعلانه في يوم عطله حتي لا يزعج يوم راحته ، والنزول عن البطلان قد يكون صريحا او ضمنا.

هـ- أزالة البطلان بوقائع قانونية لاحقة

يقوم المشرع بتحديد وقائع معينة في الخصومة ، فاذا حدثت احداها ترتب عليها سقوط الحق في البطلان ، وترتب هذه الوقائع الأثر بمجرد تحققها بصرف النظر عن اتجاه ارادة الخصم ، ومن الامثلة عن ذلك ما تنص عليه المادة 50 حيث جاء فيها ما يلي :

" يجب اثارة الدفوع الشكلية في آن واحد قبل ابداء اي دفاع في الموضوع او دفع بعدم القبول ، وذلك تحت طائلة عدم القبول" ، فاذا لم يتمسك صاحب المصلحة بالدفوع الشكلية اي يتمسك بالبطلان قبل التطرق إلى الموضوع ، فاذا خالف هذا الترتيب سقط حقه في الدفوع الشكلية واصبح العمل الاجرائي المعيب صحيحا وزال البطلان الذي يشوب الاجراء ، كذلك اذا انقضت مواعيد الطعن على الحكم المشوب بالبطلان ، فترتب على ذلك زوال البطلان ويصبح الحكم صحيحا.

ثانيا : تصحيح العمل الإجرائي لعيب موضوعي

ان البطلان الاجرائي قد يترتب عن عيب شكلي او موضوعي ، اذا كان القانون يجيز تصحيح العمل الاجرائي لعيب شكلي طبقا لما تنص عليه المادة 62 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، فهل يسمح القانون بالتصحيح لعيب موضوعي ؟

واذا كان الجواب بالايجاب ، وذلك ما تنص عليه المادة 66 من نفس القانون ، اذا جاء فيها ما يلي:

" لايقضي ببطلان اجراء من الإجراءات القابلة للتصحيح ، اذا زال ذلك البطلان باجراء لاحق اثناء سير الخصومة" .

ان تصحيح البطلان فهو جائز سواء كان نتيجة لعيب شكلي او موضوعي ، كذلك ولو كان متعلقا بالنظام العام ، لان هذا الاخير لا يتأدي من هذا التصحيح[1] .

غير ان ذلك لا يجري على اطلاقة ، فقد نص في المادة 65 من نفس القانون ، على ما يلي :" يثير القاضي تلقائيا . انعدام الاهلية ويجوز له ان يثير تلقائيا انعدام التفويض لممثل الشخص الطبيعي او المعنوي ".

إن المشرع يميز بين انعدام الاهلية ، وانعدام التفويض لممثل الشخص الطبيعي او المعنوي ، ان البطلان المترتب عن انعدام الاهلية ، هو بطلان موضوعي متعلق بالنظام العام ، والاهلية .كما رأينا .تنقسم الى أهلية الاختصام و الاهلية الاجرائية.

ان البطلان المترتب عن انعدام اهلية الإختصام ، بطلان متعلق بالنظام العام ، وهو غير قابل للتصحيح ، على اساس ان العمل الاجرائي قد صدر من شخص غير موجود من الناحية القانونية ، لان اهلية الاختصام تقترن بوجود الشخص من الناحية القانونية ، فاذا رفعت الدعوى من شخص او على شخص لا وجود له من الناحية القانونية كان يكون متوفيا او كأن ترفع على هيكل اداري لا يتمتع بالشخصية المعنوية[2] ، فالعمل المتخد أو

---

1. فتحي والي ، البطلان ، المرجع السابق ، ص 612.

2. انظر القرا الصادر بتاريخ 2011/05/19 ، رقم 657448 عن المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، القسم الثالث ، القاضي بابطال القرار المطعون فيه على اساس ان الدعوي رفعت على مفتشية الاقسام الجمركية على مستوي الولاية وهي ليست الا هيكلا اداريا لا يتمتع بالشخصية المعنوية .

الصادر من هذا الشخص باطل ، بل ينزل هذا البطلان الى مرتبة الانعدام ، فهو غير قابل للتصحيح ، لأن العدم لا وجود له ، فلا تلحقة الاجازة او التصحيح[1].

وبين البطلان لانعدام الاهلية الاجرائية ، كالدعوى المرفوعة من شخص عديم الاهلية ، فهو لا يتمتع بالاهلية الاجرائية (أهلية الإداء). فاذا صدر العمل من شخص منعدم الاهلية الاجرائية ، فيترتب عليه بطلان لعيب موضوعي متعلق بالنظام العام ، و هو غير قابل للتصحيح ، لان العمل الاجرائي صدر من شخص منعدم الاهلية الاجرائية مثل المجنون او الصغير لم يبلغ 13 سنة ، فهو ايضا غير قابل للتصحيح.

وبين البطلان المترتب عن انعدام التفويض لممثل الشخص الطبيعي او المعنوي ، و هذا ما جعل الحكم ببطلان العمل الاجرائي (أمرا جوازيا) قد يحكم به ، وقد لا يحكم به ، لان المسألة تتعلق بالصفة الاجرائية ، فاذا تم القيام بالعمل الاجرائي بواسطة شخص لا يحوز على التفويض ، فهذا العمل قابل للابطال ، لكن اذا تدخل في الخصومة ممثل الشخص المعنوي او الطبيعي الذي يحوز على التفويض ، فدخوله في الخصومة يصحح الاجراءات ، اما اذا لم يتم ادخال ممثل الشخص الطبيعي او المعنوي في الخصومة ، فيبقي البطلان قائما ، وبالتالي يجب على القاضي ان يحكم بالبطلان ، اما اذا صدر العمل من ناقص الاهلية ، فهذا العمل باطل ، والبطلان مقرر لمصلحتة وهذا البطلان قابل للتصحيح ، ومن الامثلة على ذلك ، ان ترفع الدعوي من او على ناقص الاهلية ، فاذا تدخل الولي فى الخصومة ، فيؤدي ذلك الى تصحيح العمل الاجرائي.

اذن التصحيح للعيوب الشكلية فهو جائز فى كل صوره ، بشرط ان يؤدي هذا التصحيح الى زوال الضرر ، فاذا بقي الضرر رغم التصحيح فلا يقبل.

اما التصحيح للعيوب الموضوعية فهو غير جائز فى كل صوره ، البعض منه يقبل التصحيح والبعض لا يقبل تصحيح فيقبل تصحيح البطلان المترتب عن نقص الاهلية او انعدام التفويض لممثل الشخص الطبيعي او المعنوي.

اما البطلان المترتب عن انعدام أهلية الاختصام او الاهلية الاجرائية ، فهو غير قابل للتصحيح.

---

1 .أحمد ابو الوفا ، الدفوع ، ص 110 .

هذا فيما يتعلق بكيفية تصحيح العمل الاجرائي ، وانتقل الإن الى دراسة كيفية التمسك بالبطلان ، ثم الى آثاره القانونية ، كما يلي:

المطلب الرابع
كيفية التمسك بالبطلان وآثاره القانونية

سأقسم هذا المطلب الى فرعين الأول اتناول فيه كيفية التمسك بالبطلان ، و الثاني اتناول فيه آثاره وذلك على الوجه التالي:

الفرع الأول
التمسك بالبطلان

يقسم البطلان إلى بطلان نسبي وبطلان مطلق ، فيهدف الأول إلى حماية مصلحة خاصة في حين الثاني يهدف إلى حماية المصلحة العامة.

وعندما يتعلق البطلان بالنظام العام ، فينص المشرع على أن يحكم به القاضي تلقائيا ، أما إذا كان لا يتعلق بالنظام العام ، فينص على أنه يزول بتنازل الخصم الذي له الحق في التمسك به[1].

وعندما لا يوجد نص تشريعي يبين طبيعة البطلان ، ما إذا كان يتعلق بالنظام العام أم لا ، فيجب على القاضي في هذه الحالة أن يبحث على نوع المصلحة التي ترمي القاعدة القانونية إلى حمايتها.

1ـ إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق ، ص 754.

فالقواعد المتعلقة بالتنظيم القضائي تهدف _ مما لا شك فيه _ إلى تحقيق مصلحة عامة ، وبالتالي فهي تتعلق بالنظام العام ، فإذا صدر حكم من محكمة مشكلة تشكيلا غير صحيح ، ترتب على ذلك بطلان العمل الإجرائي ، وهذا البطلان يتعلق النظام العام.

وينقسم البطلان — في التشريع الجزائري — إلى بطلان لعيب شكلي وبطلان لعيب موضوعي . فلا يتعلق البطلان لعيب شكلي بالنظام العام . في حين أن البطلان لعيب موضوعي المترتب عن تخلف أهلية الإختصام أو الأهلية الإجرائية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي كله يتعلق بلنظام العام.

غير أن الخصومة القضائية أصبحت في أغلب التشريعات الحديثة نظاما من نظم القانون العام ، وهو الأمر الذي أدى إلى اعتبار أغلب الأشكال متعلقة بالنظام العام ومن ثمة تعتبر الأشكال التي تهدف إلى ضمان حسن سير مرفق القضاء متعلقة بالنظام العام ، كوجوب أن تكون الجلسة علنية.

يجب أن نميز بين البطلان المقرر لحماية مصلحة خاصة ، فيتقرر الحق في التمسك به لصاحب هذه المصلحة وحده ، فليس لغيره أن يتمسك به ، سواء كان هذا الغير من الخصوم ، أو النيابة العامة ، أو القاضي نفسه.

ويجب الرجوع إلى إرادة المشرع _ في حالة عدم النص على نوع البطلان _ لمعرفة ما إذا كان البطلان يهدف إلى حماية المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة ، فالبطلان الناشئ عن إعلان أحد الخصوم ، أو انقطاع الخصومة ، هو بطلان يهدف إلى حماية مصلحة خاصة لهؤلاء ولا يجوز أن يتمسك بالبطلان من كان سببا فيه ، ويستوي أن يكون من نسب إليه البطلان هو الخصم نفسه ، أو شخص آخر يعمل لحسابه كالمحامي أو المحضر.

ويكون البطلان متعلقا بالنظام العام إذا كان البطلان مقررا كجزاء لمخالفة قاعدة تهدف إلى حماية المصلحة العامة ، فحينئذ يحق للمحكمة أن تقضي به تلقائيا ، كما يحق للنيابة العامة أن تتمسك به ، سواء كانت تعمل كطرف في الدعوى _ وهذا أمر بديهي _ أو كانت تعمل كطرف منضم ، فيحق لها أن تتمسك به ولو لم يتمسك به أحد من الخصوم ، ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان المتعلق بالنظام العام وفي أية مرحلة كانت عليها الدعوى ، حتى ولو كان ذلك لأول مرة أمام المحكمة العليا ، مادام أساسه

الواقعي مطروحا عليها وسواء كان الخصم طرفا أصليا أو متدخلا، أو كان هو الذي قام بالعمل الباطل أو تسبب في البطلان[1].

الفرع الثاني
آثار البطلان

لا يقع البطلان بقوة القانون ولو تعلق بالنظام العام، ولذلك وجب الحكم به. فالحكم بالبطلان هو حكم مقرر. اما حكم الصادر بابطال العمل الإجرائي فهو حكم منشئ. واذا حكم بالبطلان اعتبر العمل الاجرائي كأنه لم يكن، ولا ينتج أي أثر كقاعدة عام بل جميع الاثار المترتبة عليه تزول مثل قطع التقادم، ويزول اثر قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوي الحيازة و دعوي الملكية. وذلك اذا سبق للحائز ان رفع دعوي ملكية، فيترتب على ذلك سقوط دعوى الحيازة، فاذا حكم ببطلان اجراءات المطالبة القضائية، فان ذلك يؤدى الى زوال اثر هذه القاعدة، وبحق للحائز ان يرفع دعوي الحيازة لان دعوى الملكية التي تم رفعها سابقا قد حكم بإبطال اجراءاتها.

والخصومة باعتبارها وحدة قانونية تتميز بالحركة والتتابع في الزمن، فالقيام بالعمل الإجرائي يفترض عملا لاحقا مرتبطا بالسابق، فهو عبارة عن حلقة من حلقات التسلسل القانوني للخصومة[2].

ويترتب على بطلان العمل الإجرائي بطلان الأعمال اللاحقة المرتبطة به، ولكنه لا يؤثر على الأعمال التي سبقته.

ومن الامثلة على ذلك ان يحكم ببطلان محضر التكليف بالحضور فلا يؤثر ذلك على صحة عريضة افتتاح الخصومة التى سبقته، لكن الحكم ببطلان عريضة افتتاح الخصومة يترتب عليه بطلان محضر التكليف بالحضور، لان العريضة الافتتاحية للخصومة تعد مقتضي ضرورية لصحة الاعمال الاجرائية اللاحقة.

1_ إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ص 757.

2_ فتحي والي ،الوسيط، ص 417.

ان الحكم ببطلان العمل الاجرائي . فلا يؤثر على الحق الموضوعي ، فمن حق الخصم ان يعيد رفع الدعوي من جديد بنفس الحق ما دام هدا الاخير لم ينقض بسبب من اسباب الانقضاء .

والخصومة القضائية تتكون من مجموعة من الاعمال الاجرائية ، يجب ان تكون صحيحه ولا يشوبها عيب يؤدي الى زوالها.

واذا نشأت الخصومة صحيحة . فانها تنتهي الى احد امرين: فتنتهي بصدور حكم فى موضوعها وهي النهاية الطبيعية وبذلك تكون قد حققت هدفها الذي نشأت من أجله.

وقد تنتهي بغير صدور حكم فى موضوعها ، فتزول برمتها ليس بسبب علة اصابت احد إجرائها وانما لعارض من عوارضها و هى المسألة التى اتطرق اليها فيما يلي:

الفصل الثالث
عوارض الخصومة

تمهيد و تقسيم

يتولد عن الطلب القضائي مركز قانوني إجرائي ، مستقل عن المركز القانوني الموضوعي محل الحماية القضائية ، هذا المركز الناشئ عن المطالبة القضائية. يسمى في الإصلاح الفقهي " بالخصومة القضائية " وهي عبارة عن مجموعة من الأنشطة الإجرائية التي يقوم بها أشخاصها.

والخصومة القضائية كائن قانوني له بداية و نهاية ، و منذ انطلاقتها الأولى في الحياة القانونية ، تسعى إلى تحقيق غاية معينة. غير أنه و أثناء سيرها نحو هدفها قد تصيبها عوارض تؤدي بها إلى السكون و الركود ، و قد تؤدي بها إلى الزوال من غير أن تحقق هدفها . و هو الفصل في موضوعها.

والخصومة القضائية لكي تحقق هدفها، يجب أن تسير وأن تستمر في المسيرة، تنتقل من إجراء إلى آخر بشكل متتابع في الزمان بانتظام واطراد، إلى أن تصل إلى مرحلة اختتام المرافعة بصدور حكم يحسم جوهر النزاع المطروح على القضاء [1].

غير أن سير الخصومة لا يجري دوما بانتظام و إطراد على هذا النحو، بل قد تصادفه عقبات تؤدي إلى ركودها، و أسباب هذا الركود تتعدد، فقد ترجع إلى القانون نفسه، وقد تعود إلى حالة الخصوم الشخصية، وقد يرى الخصوم أنفسهم أنه لا فائدة من الاستمرار فيها، مما يؤدي ذلك إلى انقضائها، من غير أن يحصل الفصل في موضوعها.

ولدراسة كل ذلك، يتعين تقسيم هذا الفصل إلى المباحث التالية :

المبحث الأول: في وقف الخصومة.
المبحث الثاني: في سقوط الخصومة.
المبحث الثالث: في ترك الخصومة.

والى تفصيل هذه المسائل فيما يلي :

المبحث الأول
في وقف الخصومة

يقصد بوقف الخصومة عدم السير في إجراءاتها لقيام بسبب من الأسباب التي تجعلها راكدة، لا تبرح مكانها الذي وصلت إليه.

ولكن إذا تعرضت الخصومة إلى الركود، فتظل الإجراءات السابقة على ركودها تحتفظ بكل آثارها القانونية، أما التي وقعت بعد ركودها فتقع باطلة حسب القواعد العامة في البطلان.

1- أبو الوفاء، المرافعات، المرجع السابق، ص 513.

غير أن القانون الجديد ، يخضع مسألة البطلان – مهما كان سببه – إلى القاعدة التي تقضي بأنه لا يتقرر بطلان الأعمال الإجرائية لعيب شكلي مالم يكن منصوصا عليه صراحة في القانون.

إن الأسباب التي تؤدي إلى وقف الخصومة تتعدد ، وهي إما تتوقف بقوة القانون ، وإما بحكم القاضي ، وإما أن تتوقف بناء على اتفاق الخصوم ، و إما أن تتوقف لأسباب ترجع إلى حالة الخصوم الشخصية.

وتبعا لذلك سأقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: وقف الخصومة بحكم القانون.
المطلب الثاني: وقف الخصومة بحكم القاضي.
المطلب الثالث: وقف الخصومة بناء على اتفاق الخصوم.
المطلب الرابع : وقف الخصومة بسبب انقطاعها.

وإلى تفصيل هذه المسائل فيما يلي :

المطلب الأول
وقف الخصومة بحكم القانون

قد ينص القانون على وقف الخصومة القضائية في أحوال معينة و يتم ذلك. بمجرد تحقق سببه ، وأحوال الوقف التي ينص عليها القانون تتعدد و هي:

1 - قاعدة الجنائي يوقف المدني:

قد ينص القانون في حالة معينة على وجوب وقف الخصومة و من الأمثلة على ذلك ما أشارت إليه المادة 4 من قانون الإجراءات الجزائية ، حيث جاء فيها ما يلي : " يجوز أيضا مباشرة الدعوى المدنية منفصلة عن الدعوى العمومية ، غير أنه يتعين أن ترجئ المحكمة المدنية الحكم في تلك الدعوى المرفوعة أمامها لحين الفصل نهائيا في الدعوى

وقف الفصل في الدعوى المدنية إذا كانت قد حركت ". ويستوجب القانون وقف الفصل في الدعوى المدنية إذا نشأ عن الفعل الواحد مسؤوليتان: جنائية و مدنية ورفعت دعوى المسؤولية المدنية أمام المحكمة المدنية .

و وجود دعوى المسؤولية الجنائية أمام المحكمة الجزائية ، وجب على المحكمة المدنية أن توقف الفصل في الدعوى المدنية إلى غاية الفصل في الدعوى الجزائية بحكم غير قابل لطرق الطعن العادية كقاعدة عامة. و قاعدة الجنائي يوقف المدني ، ليس إلا نتيجة طبيعية لمبدأ تقيد القاضي المدني بالحكم الجزائي فيما يتعلق بوقوع الجريمة ووصفها القانوني ونسبتها لفاعلها ، و قد نصت على هذا المبدأ المادة 339 من القانون المدني إذ جاء فيما يلي: "لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجزائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا ".

فلا يتقيد القاضي المدني بالحكم الجزائي إلا في الوقائع التي فصل فيها كما إذا قضى الحكم الجزائي بارتكاب الفعل من هذا الشخص ، فإن القاضي المدني يتقيد بهذا التقرير و يجب عليه أن يرتب عليه المسؤولية المدنية المبينة على الخطأ الشخصي و إذا نفى عنه المسؤولية يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ، و يتقيد القاضي المدني بالحكم الجزائي، سواء صدر عن محكمة الجنايات أو الجنح أو المخالفات ، وسواء صدر عن محكمة عادية أو استثنائية كالمحكمة العسكرية ، و تطبق قاعدة الجنائي يوقف المدني على الدعاوى المدنية والإدارية.

وينبغي على المحكمة أن تقضي بوقف الفصل في الدعوى المدنية و في أية مرحلة كانت عليها تلقائيا لتعلق الأمر بالنظام العام ، كما يمكن التمسك بهذا الدفع لأول مرة أمام المحكمة العليا ما دام أساسه الواقعي سبق أن تم طرحه أمام قضاة الموضوع.

ويترتب على تطبيق قاعدة الجنائي يوقف المدني الأثر القانوني - بمجرد تحريك الدعوى العمومية . و هو وقف الفصل في الدعوى المدنية.

إلا أن تحريك الدعوى العمومية لا يتم بمجرد تقديم الشكوى أو التبليغ إلى الجهات القضائية المختصة ، بل يجب أن تحرك الدعوى العمومية برفعها أمام الجهات القضائية كتقديم النيابة العامة طلب افتتاح التحقيق امام قاضي التحقيق أو احالة المتهم امام المحكمة عن طريق الاستدعاء المباشر وغيرها ، و يجب أن يتوقف الفصل فى الدعوى

المدنية على الفصل فى الدعوي العمومية . ولكي يتحقق ذلك يجب أن تشترك الدعويين في مصدر واحد وهو الجريمة .

أما إذا كان الفصل في الدعوى المدنية ، لا يتوقف على الفصل في الدعوى العمومية ويكون ذلك في حالة اختلاف السبب في كل واحدة منهما ، ففي هذه الحالة يجب الفصل في الدعوى المدنية دون حاجة إلى انتظار الفصل في الدعوى العمومية ، و على ذلك يجب دائما التمييز بين ما إذا كانت الدعويان تستندان إلى مصدر واحد أم لا ؟

ومن الحالات التي يجب فيها وقف الفصل في الدعوى الأصلية إلى غاية الفصل مدى صلاحية القاضي في الفصل في الدعوى وهي المسألة التى اتطرق إليها فيما يلي :

2 - طلب رد القاضي:

تنص المادة 245 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "يجب على القاضي المطلوب رده أن يمتنع عن الفصل فى القضية إلى حين الفصل فى طلب الرد" .وتبعا لذلك إذا قدم طلب رد القاضي ، فيترتب عليه وقف الفصل في الدعوى التي ينظرها القاضي المطلوب رده ، ويقع ذلك بقوة القانون ، وإذا حكم القاضي في الدعوى قبل الفصل في طلب الرد ، يكون حكمه باطلا لأنه صدر من قاضي لا يتمتع بالصلاحية الخاصة في الفصل في الدعوى.

غير أن الإجراءات التي تمت في القضية ، قبل طلب رده تبقي صحيحة ، أما الإجراءات التي تمت بعد تقديم الطلب الرد تقع باطلة وهذا ما تقضي به المادة 2/245 المشار إليها.

والحكم الصادر بوقف الفصل في الدعوى ، ليس إلا حكما مقررا.

إلى جانب تلك المسائل التي تستوجب وقف الفصل في الدعوى الأصلية ، المسألة المتعلقة بالطلب الفرعي الخاص بالطعن في التزوير وأتطرق إليها كما يلي:

3- الطلب الفرعي الخاص بالطعن في التزوير:

قد يرفع المدعي دعوى للمطالبة بإلزام المدعى عليه بتنفيذ الالتزام بتسليم عين معينة استنادا إلى عقد بيع ، فيرد المدعى عليه و يطعن بالتزوير في هذا العقد ، وما دفع به المدعى عليه ليس إلا طلبا عارضا يتضمن دعوى التزوير الفرعية.

والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن ، فهل يجب وقف الفصل في الطلب الأصلي إلى غاية الفصل في الطلب العارض ؟ أم أن ذلك لا يؤثر على السير العادي على الفصل في الطلب الأصلي ، وأن ذلك لا يعدو أن يكون وسيلة دفاع في نفس الموضوع ؟

إن الإجابة على تلك الأسئلة تقودنا إلى القول ، واستنادا إلى القواعد العامة التي تخضع لها الطلبات العارضة والتي تنص على إن إبداء أحدها لا يؤثر على الطلب الأصلي ، ولا يؤدي إلى وقف الفصل فيه ذلك أن الطلب العارض ليس إلا وسيلة دفاع في ذات الموضوع وأن السير في تحقيقه ، وهو لا يخرج عن إجراءات الخصومة الأصلية وكأية واقعة من وقائعها تحتاج إلى إثباتها وتحقيقها ، ولا يؤدي ذلك إلى وقف الفصل في الطلب الأصلي.

وهذا ما تؤكد عليه المادة 206 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، إذ جاء فيها ما يلي:

"يفصل القاضي فى طلب الضمان و فى الدعوي الاصلية بحكم واحد ، إلا اذا دعت ضرورة الفصل فيهما كل على حده ".

وهنا يقصد بطلب الضمان أي دعوي الضمان الفرعية وهى تعد أحد الطلبات العارضة ، حيث تقضي هذه المادة أن يتم الفصل فى الدعوي الأصلية والفرعية بحكم واحد ، إلا إذا تطلبت كل واحدة منهما الفصل فيهما على حده ، كأن تكون احدهما مهيأة للفصل فيها والأخرى غير مهيأة ، فاذا تمسك الخصم باستعمال المستند المدعى بتزويره فهل يجب على القاضي أن يقضي بوقف الفصل في الدعوي الأصلية ، وصرف صاحب المصلحة إلى رفع دعوي تزوير ، أم أنه يسير فى اجراءات التحقيق ، كما يجري التحقيق فى أي واقعة من وقائع الدعوي التى تحتاج إلى تحقيق.

إن المشرع قد استثنى الطلب العارض الذي يتضمن دعوى التزوير الفرعية المتعلقة بورقة مقدمة في الدعوى الأصلية من أحكام القواعد العامة التي تخضع لها الطلبات العارضة، فقد نص في المادة 182 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية على ما يلي: " يجب على القاضي ارجاء الفصل فى الدعوي الأصلية إلى حيث صدور الحكم فى التزوير".

وتبعا لذلك إذا أبدى المدعي عليه طلبا عارضا، يتضمن دعوى التزوير الفرعية، فيجب على المحكمة أن تصدر حكما بوقف الفصل فى الدعوي الأصلية وذلك إذا صرحت بقبول دعوي التزوير الفرعية.

ومع ذلك يبقي السؤال مطروحا حول كيفية رفع الطلب العارض الخاص بالتزوير ؟

كانت المادة 155 من قانون الإجراءات المدنية القديم تنص على أن يقدم الطلب بالطعن في التزوير طبقا للقواعد المقررة لطلبات إفتتاح الخصومة.

أما في القانون الجديد فقد نص المشرع على إرجاء الفصل في الدعوي الأصلية أي وقف الفصل فى الدعوي الأصلية، و الوقف لا يكون الا بموجب حكم.

كما تنص المادة 4/183 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن الحكم الصادر في دعوى التزوير الفرعية قابل للطعن فيه بجميع طرق الطعن.

إذا وعندما يتمسك المدعى عليه بدعوي التزوير الفرعية، فإذا صرح بقبولها، تصدر الجهة القضائية التى تنظر هذا ، الطلب حكما بوقف الفصل فى الدعوي الأصلية، وعلى المدعي علية ان يرفع دعوي التزوير الفرعية طبقا للقواعد العامة المقررة لطلبات افتتاح الخصومة و يتم التحقيق فى هذا الطلب، تم إصدار حكم في الدعوي التزوير الفرعية، ويخضع هذا الحكم إلى جميع طرق الطعن. وبعد أن يصبح هذا الحكم غير قابل لأي طريق من طرق الطعن، يعاد السير فى الدعوي الأصلية وبالتالي لا يحسب ميعاد سقوط الخصومة في هذه الحالة إلا من تاريخ صيرورة الحكم الصادر في الدعوي التزوير الفرعية باتا.

هذا بعد أن تطرقت إلى بعض الحالات التي يتوقف الفصل فى الدعوي الأصلية بحكم القانون، والحكم الصادر بوقف الخصومة ليس الا حكما مقررا و إلى جانب ذلك فقد تتعرض الخصومة إلى الوقف بحكم القاضي وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

المطلب الثاني
وقف الخصومة بحكم القاضي

يحصل الوقف هنا بحكم القاضي ، ومن ثمة لا تنشأ حالة الوقف إلا بموجب حكم قضائي ، وبالتالي لا تبدأ آثار الوقف الا من تاريخ صدور الحكم.

غير أن المحكمة لا تسطيع أن تقضي بوقف الخصومة الا فى الحالات التى يسمح فيها للقاضي أن يحكم بالوقف. والوقف القضائي ، قد يكون وقفا جزائيا و قد يكون وقفا تعليقيا و اتناول دلك فيما يلي :

أولا : الوقف الجزائي:

لا تتوقف الخصومة القضائية - في حالة الوقف القضائي - إلا بموجب حكم قضائي يقضي بوقف الخصومة ، ولذلك فإن آثار الوقف لا تترتب إلا من تاريخ صدور الحكم القضائي.

وقد تأمر المحكمة بوقف الخصومة كجزاء[1] ، حيث تأمر المحكمة الخصم بالقيام بإجراء معين ، يتوقف عليه الحكم في الدعوى الأصلية ، و هذا ما تنص عليه الماده 216 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، إذ جاء فيها ما يلي: " يمكن للقاضي أن يأمر بشطب القضية ، بسبب عدم القيام بالإجراءات الشكلية المنصوص عليها فى القانون أو تلك التى أمر بها".

---

1 - أحمد مليجي ، المرجع السابق ، ص 23.
- محمد نصر الدين كامل ، المرجع السابق ، ص 153.

كما إذا أمرت المحكمة المدعي القيام بتكليف المدعى عليه بالحضور أو أمرته بادخال الشخص في الخصومة ، وامتنع عن ذلك ، فيجوز لها أن تحكم بشطب القضية و بوقف الخصومة ، ولا يعاد السير فيها ، إلا بعد القيام بهذا الإجراء[1].

وقد تلجأ المحكمة إلى وقف الخصومة ، ليس لعدم قيام المدعي عليه بأحد الاجراءات التى طلبته منه ، و انما نتيجة لغياب المدعي عن موالاة الإجراءات أمام المحكمة مما اضطر المحكمة أن تقوم بشطب القضية طبقا لمفهوم المادة 216 المشار اليها سابقا.

وتلجأ المحكمة إلى هذا الإجراء إذا كانت القضية غير مهيأة للفصل فيها اما إذا أصبحت مهيأة للفصل فيها ، فإن غياب المدعي عن القضية المحدده لا يؤثر ذلك على سير الدعوى ، ويجب على المحكمة أن تقضي فيها[2] . ولا يحق لها أن تحكم بشطبها و إن فعلت ذلك ، يعد ذلك إنكارا منها للعدالة.

ويترتب على حكم شطب القضية استبعادها من جدول المحكمة.

---

1 - أنظر القرار الصادر بتاريخ 2006/04/19 رقم 331678 ، القسم الثالث ، الغرفة المدنية بالمحكمة العليا إذ جاء فيه ما يلي:

" حيث أن الطاعن ينعي على القرار المطعون فيه ، بدعوى أن قضاة الموضوع قد انتهوا إلى التصريح بعدم قبول الطعن بالاستئناف استنادا إلى أن المستأنف لم يقم بتبليغ عريضة الاستئناف إلى المستأنف عليه ، مما يعد ذلك خرقا للقواعد الإجرائية يعرض القرار المطعون فيه للنقض .

و حيث أن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في محله ، ذلك أنه إذا لم تنعقد الخصومة القضائية ، وكان ذلك راجعا إلى إخلال المستأنف بالتزامه بعدم قيامه - عن طريق المحضر القضائي - بتكليف المستأنف عليه بالحضور ، فإن ذلك لا يترتب عليه أي بطلان ، لأن إعلان المستأنف عليه لا يعد شرطا لقبول الطعن ، و إنما هو شرط لصحة العمل الإجرائي ، لأنه لو صدر حكم أو قرار في خصومة لم تنعقد ، فيعد هذا القرار أو الحكم منعدما.

و حيث أنه إذا لم يقم المستأنف و من في مركزه القانوني إلى إعلان خصمه بالحضور أمام الجهة القضائية ، و امتنع عن ذلك فلا يبقى أمام قضاة الموضوع سوى توقيع الجزاء الممنوح لهم من قبل القانون ، و يتمثل هذا الجزاء في الحكم بوقف الخصومة القضائية ، و من ثمة يبقى الباب مفتوحا أمام المستأنف لإعادة السير في الدعوى بعد إعلان الخصم بالحضور أمام الجهة القضائية التي تنظر في النزاع .

وحيث أن قضاة الموضوع عندما انتهوا إلى التصريح بعدم قبول الاستئناف بسبب عدم قيام المستأنف بتكليف خصمه بالحضور ، فيعد ذلك خرقا لأحكام المادة 111 من قانون الإجراءات المدنية يعرض القرار (المطعون فيه للنقض) ".

2 - احمد مليجي ، نفس المرجع ، ص 23.

والحكم بشطب القضية ، يتضمن حتما وقف الخصومة ، و على ذلك إذا مرت عليها أكثر من سنتين من تاريخ شطبها ، تعرضت إلى السقوط[1]. و هذا ما تقضي به الماده 218 من نفس القانون حيث جاء فيه ما يلي: " تطبق القواعد المتعلقة بسقوط الخصومة على الأمر القاضي بالشطب"، ويتضمن الحكم بشطب القضية معنى الجزاء الذي توقعه المحكمة على المدعي الذي يمتنع عن موالاه الإجراءات.

ويحق للمدعي أن يعيد السير فى الدعوي بعد شطبها بموجب عريضة افتتاح الخصومة طبقا لما تنص عليه الماده 217 من نفس القانون ، وبذلك يحتفظ بالآثار المترتبة عن المطالبة القضائية.

وإذا تخلى عن القضية المشطوبة وبادر إلى رفع دعوى جديدة بنفس الحق المطالب به في الخصومة الأولى ، التي انتهت إلى الحكم بالشطب ، مما يعني أن المدعي قد ترك الخصومة الأولى.

وتبعا لذلك يثار التساؤل التالي: فما هو الحكم إذا ترك المدعي الخصومة الأولى وهنا وقع الترك ضمنيا وذلك عندما رفع الدعوى الجديدة ولم يعد السير فى الخصومة الأولى التي انتهت إلى الحكم بشطبها.

فهل يحق للمدعى عليه أن يتمسك بالخصومة الاولى خاصة انه سبق أن أبدى دفوعا موضوعية في القضية الأولى أم لا؟

مما لا شك فيه سنجد المدعي أنه رفع دعويين أمام نفس المحكمة الاولى التى انتهت إلى الحكم بشطبها وترتب عليها وقفها والثانية وهي الدعوي الجديدة وبالتالي يحق للمدعي عليه طلب ضم القضيتين و الفصل فيهما بحكم واحد ، خاصة إذا سبق له أن تمسك –في الدعوى الأولى –بالدفوع بعدم القبول أو الدفوع الموضوعية.

وقد تلجأ المحكمة أيضا إلى وقف الخصومة ، ليس بسبب عدم قيام المدعى بالإجراء الذي أمرت به والذي يتوقف الحكم عليه في الدعوى وليس بسبب عدم حضور المدعي

1- أبو الوفا ، المرافعات ، ص517.
- محمد نصر الدين ، المرجع السابق ، ص 175.

إلى الجلسة المحددة لموالاه الاجراءات ، ولكن لوجود مسألة أولية يتوقف عليها الحكم في الطلب الأصلي ، وهي المسألة التي اتناولها فيما يلي:

ثانيا: الوقف التعليقي (الفصل في المسألة الأولية) :

قد ترفع الدعوى إلى محكمة معينة اثناء المرافعات ، تثور مسألة اوليه فيتوقف عليها الفصل في الطلب الأصلي ، غير أن هذه المسألة قد تكون خارجة عن الاختصاص النوعي أو الوظيفي لمحكمة الطلب الأصلي ، وتشكل هذه المسألة مسألة أولية ، يجب الفصل فيها قبل الفصل في الطلب الأصلي لأن هذه المسألة تعد مقتضى ضروريا للفصل في الطلب الأصلي [1].

وتبعا لدلك يجب التميز بين المسائل الفرعية التي تدخل فى اختصاص محكمة الطلب الأصلي ، والمسائل الفرعية التي تخرج عن اختصاصها.

المسائل الفرعية التي تدخل في اختصاص محكمة الطلب الأصلي تسمى بالمسائل الأولية واجبة النظر [2]. تطبيقا لقاعدة قاضي الأصل هو قاضي الفرع تختص بها محكمة الطلب الأصلي لأنها تدخل في وسائل الدفاع.

---

1 - انظر القرار الصادر بتاريخ 2013/12/12 رقم 821972 عن المحكمة العليا ، الغرفة العقارية ، القسم الثالث ، غير منشور حيث جاء فيه ما يلي " حيث أن الطاعن يعيب على القرار المطعون فيه بدعوي أنه إستفاد من القطعة الأرضية دات مساحة 750 م2 بموجب عقد ايجار محرر من مديرية أملاك الدولة بتاريخ 1992/01/01 قبل استفادة المطعون عليه الأول و بالتالي اصبح هدا النزاع من إختصاص القضاء الإداري على اعتبار أن أحد اطرافه هو أحد أشخاص القانون الإداري ، وبالتالي لما فصل قضاة الموضوع في هذا النزاع قد خالفوا قواعد الاختصاص مما يعرض قضاءهم للنقض .
وحيث أن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه فى محله ، ذلك أن قضاة الموضوع ، وقبل الفصل في أصل النزاع المطروح عليهم يتوقف الفصل فيه على الفصل في المسألة الأولية المتعلقة بعقد الإيجار الذي استفاد منه الطاعن والصادر عن مديرية أملاك الدولة .
وحيث أن المسألة الأولية المطروحة على قضاة المجلس تخرج عن اختصاصهم الوظيفي ، وتبعا لذالك كان يتعين عليهم ، أن يوقفوا الفصل في الطلب الأصلي إلى غاية الفصل فى المسألة الأولية ، من الجهة القضائية المختصة ، ولما فصلوا في الطلب الأصلي قبل الفصل فى المسألة الأولية من الجهة المختصة قد خالفوا قواعد الاختصاص ، مما يعرض قضاءهم للنقض "

2 - أحمد محيو ، المنازعات الإدارية ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، سنة 1983 ، ص 125، 124.

أما المسائل الفرعية التي تخرج عن اختصاص محكمة الطلب الأصلي، تسمى بالمسائل الأولية واجبة الفصل فيها[1]، وهي تخرج عن اختصاص محكمة الطلب الأصلي، لأنها تشكل في ذاتها دعوى مستقلة عن الدعوى الأصلية وتخرج عن اختصاصها النوعي أو الوظيفي لمحكمة الطلب الأصلي. يجب أن تعرض على الجهة المختصة للفصل فيها بحكم نهائي.

وتنشأ هذه المسألة عندما ترفع الدعوى أمام القضاء العادي أو الإداري أو الجزائي، ثم تطرح أمامه مسألة لازمة الفصل ترتبط بالدعوي الأصلية. لكن هذه المسألة التي يتوقف عليها الفصل فى الدعوي الأصلية تخرج عن الاختصاص النوعي أو الوظيفي لمحكمة الطلب الأصلي. و يدخل في الاختصاص النوعي أو الوظيفي لمحكمة القضاء الإداري أو الجزائي أو العكس. تدخل فى اختصاص جهة القضاء العادي. وعندئذ يوقف الفصل في الدعوى الأصلية إلى غاية الفصل في المسألة الأولية من الجهة التي يدخل النزاع في إختصاصها بحكم نهائي. ثم يعاد السير في الدعوى الأصلية.

وتأمر المحكمة بوقف الفصل في القضية إلى حين الفصل في المسألة الأولية وتنشأ هذه المسألة في حالة ما إذا تم رفع الدعوى إلى المحكمة. ثم يطرح أمامها نزاع واجب الفصل فيه. مرتبط بالطلب الأصلي. لكنه يخرج عن الاختصاص النوعي لمحكمة الطلب الأصلي ويدخل في الاختصاص النوعي لمحكمة اخري. ومن الأمثلة على ذلك ما كانت تقضي به المادة 475 من قانون الإجراءات المدنية والتي تنص على ما يلي: "تختص المحاكم المنعقدة في مقار المجالس القضائية بالفصل بأحكام قابلة للإستئناف أمام المجالس في المنازعات المتعلقة بالجنسية و بالحجر العقاري و بالقسمة الودية، والبيع لعدم إمكان القسمة. و بحجر السفن و بيعها قضائيا ...".

فإذا ما أثيرت هذه المنازعات كمنازعات عارضة، و أصبح الحكم في الدعوى الأصلية يتوقف على الحكم في تلك المسألة فتشكل حينئذ تلك المسألة العارضة. مسألة أولية تخرج عن الإختصاص النوعي لمحكمة الطلب الأصلي لتدخل في الإختصاص النوعي لمحكمة المقر. فيتعين حينئذ على محكمة الطلب الأصلي أن تحكم بوقف الفصل إلى غاية الفصل في المسألة الأولية.

1. أحمد محيو. المرجع نفسه. ص 125، 124.

ويجب أن يتحقق الإرتباط بين الطلب لأصلي و المسألة الأولية فتصبح هذه الأخيرة مفترضا ضروريا للفصل في الدعوى الأصلية و تظل الخصومة الأصلية موقوفة إلى غاية الفصل في المسألة الأولية و صيرورة الحكم الصادر فيها نهائيا. ومن الأمثلة على ذلك إذا حصل أحد الإخوة على عقد بيع لفيلة من أملاك الدولة . ومن أجل ذلك رفع المشتري دعوى على أخيه الآخر يطالب فيها بطرده منها إستنادا إلى أنه أصبح المالك لهذه الفيلة . فيدفع المدعى عليه ببطلان العقد الإداري على أساس أن الفيلة المتنازع عليها كانت مستأجرة من والده المرحوم . و بالتالي لا يمكن التنازل عليها إلا لجميع الورثة و من ثمة يشكل الدفع ببطلان العقد الإداري مسألة أولية يجب الفصل فيها من الغرفة الإدارية . قبل الفصل في الطلب الأصلي[1] . وقد يثور في هذا الصدد - تساؤل حول من يجب عليه إستصدار حكم في المسألة الأولية من المحكمة المختصة ؟ هل يقع ذلك بسعي من المدعي أم المدعى عليه ؟ وما هو الميعاد الذي يجب على الخصم أن يرفع فيه الدعوى بالمسألة الأولية ؟

لم يرد نص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ينظم هذه المسألة . على عكس ذلك فيما يخص قانون الإجراءات الجزائية . فقد تطرق المشرع إلى تنظيم هذه المسألة . حيث نص في المادة 3/331 على ما يلي :

"وإذا كان الدفع جائزا منحت المحكمة مهلة يتعين على المتهم فيها رفع الدعوى إلى الجهة القضائية المختصة . فإذا لم يقم المتهم برفع الدعوى في تلك المهلة . ولم يثبت أنه رفعها . صرف النظر عن الدفع ".

1- أنظر المادة 35 من قانون رقم 81-01 المتعلق بالتنازل على أملاك الدولة حيث تنص على أنه "يجوز للمترشح أن يرفع طعنا نزاعيا إلى الهيئات القضائية التابعة للقانون العام في حالة رفض الطعن المقدم إلى اللجنة الولائية أو عند عدم تلقي رد في الآجال المحددة في المادة 34 أعلاه " . وعلى ذلك يمكن للوارث أن يطعن في هذا العقد أمام هذه اللجنة . فإذا تلقى الرد بالرفض . فحينئذ يحق له أن يطعن في قرار اللجنة بالرفض أمام الجهة القضائية التابعة للقانون العام . أي إلى الجهات القضائية العادية . غير أن الطعن في العقد الإداري - في إطار التنازع على أملاك الدولة - و كما هو جاري به العمل يرفع إلى القضاء الإداري.

وتبعا لذلك . إذا اعتبرنا أن هذا النزاع يختص به القضاء الإداري . فيشكل الدفع ببطلان هذا العقد أمام محكمة الطلب الأصلي مسألة أولية. و ما إذا إعتبرنا أن هذا النزاع من إختصاص القضاء العادي . فيشكل الدفع ببطلان هذا العقد طلبا عارضا تختص به محكمة الطلب الأصلي.

و نحن نعتقد أن الرأي الأخير هو الجدير بالتأكيد . ذلك أن مصطلح القانون العام الوارد ذكره في المادة المنوه يقصد به أن يعود الاختصاص في هذا النزاع على المحاكم العادية..

ومن ثمة، لا يوجد هناك ما يمنع المحكمة المدنية أن تسترشد بهذا النص لتحديد ميعاد معين، يجب على الخصم صاحب المصلحة من استصدار الحكم في المسألة الأولية، و إذا انقضى الميعاد الذي حددته المحكمة، و لم ترفع الدعوى بالمسألة الأولية أمكن صرف النظر عنها، و الحكم في الدعوى. أما الخصم صاحب المصلحة، فهو من تمسك بالدفع الذي يثير المسألة الأولية.

ويحق لكل من الخصمين أن يعيد السير في الدعوى، سواء حكم في المسألة الأولية، أو صرف النظر عنها. و من ناحية أخرى قد يطرح السؤال التالي: فهل يجوز للخصوم أن يتفقوا - باعتبار الخصومة ملكا لهم - على وقفها ؟ و هي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

المطلب الثالث
وقف الخصومة بناء على اتفاق الخصوم

الخصومة القضائية ليست إلا معركة بين خصمين، يدور رحاها أمام القضاء، فقد يحتاج الخصوم إلى عقد هدنة لمدة معينة و عادة ما يرغبون في ذلك لأجل تحقيق مشروع صلح أو لأي سبب مشروع آخر، يسمح به القانون.

وبالرجوع إلى القوانين المقارنة، نجدها انها تسمح للخصوم أن يتفقوا على عقد هدنة تتوقف فيها الخصومة مدة معينة، ثم يعاد السير فيها، إذا لم يحصل اتفاق بينهم. في حين نجد المشرع الجزائري، قد سكت عن حكم هذه المسألة في ظل القانون القديم.

وقد كنت أرى في الطبعة الأولى من هذا الكتاب، أنه إذا كان الأصل أن الخصومة هي ملك لأصحابها غير أن الفصل فيها و حسم المنازعات التي تعرض على القضاء، هو شأن يتصل بمصالح الجماعة التي تسعى إلى استتباب الأمن و السلام و استقرار الاوضاع الاجتماعية، وذلك بفض المنازعات التي تحدث بين أفرادها. وتبعا لذلك - و في غياب نص خاص في القانون - فلا يجوز للخصوم أن يتفقوا على وقف الخصومة لمدة معينة.

غير أن السؤال يبقى مطروحا . فما هو موقف القانون الجديد من هذه المسألة ؟ نقول اجابة عن هدا السؤال .فقد نص المشرع في المادة 2/213 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على ما يلي :

"توقف الخصومة بإرجاء الفصل فيها أو بشطبها من الجدول " و تضيف الماده 214 من نفس القانون على ما يلي: " يؤمر بإرجاء الفصل في الخصومة بناء على طلب الخصوم...." . كما تضيف أيضا المادة 2/216 من نفس القانون ما يلي : "كما يمكن له الامر بشطب القضية بناء على طلب مشترك من الخصوم ".

يستخلص من هذه النصوص أن الخصومة توقف بارجاء الفصل فيها والإرجاء أي وقف الفصل فيها يكون إما بحكم القانون أو بحكم القاضي . وكذا يترتب على شطب القضية من الجدول إلى وقف الخصومة.

وشطب القضية يكون إما بناء على عدم القيام بالاجراءات المنصوص عليها في القانون من أحد الخصوم . كامتناع المدعي من القيام بتكليف المدعي عليه بالحضور أو تلك الإجراءات التي يأمر بها القاضي . كأن يكلف المدعي بإدخال أحد الخصوم طبقا لما تنص عليه الماده 201 من نفس القانون.

وقد يكون شطب القضية بناء على اتفاق مشترك من الخصوم والشطب يؤدي إلى وقف الخصومة . إذن يحق للخصوم أن يتفقوا على وقف الخصومة وقد سكت المشرع على المدة التي يجوز فيها للخصوم أن يتفقوا فيها على وقف الخصومة . و تبعا لذلك يحق للخصوم أن يتفقوا على وقف الخصومة (شطبها) لمدة محددة على أنه لا يجوز أن تتجاوز مدة سنتين . و إذا بقيت القضية متوقفة بناء على اتفاق الخصوم و مرت عليها سنتين . فتتعرض للسقوط طبقا لاحكام المادة 218 من نفس القانون . وتبعا لذلك أصبح من الجائز أن يتفق الخصوم على وقف الخصومة عن طريق تقديم طلب مشترك بشطب القضية . هذا بعد أن تطرقت إلى وقف الخصومة باتفاق الخصوم . و بعد ان اصبح القانون الجديد يسمح به . كذلك قد يحدث أن تقف الخصومة بحكم القانون إذا ما تعرضت حالة الأشخاص إلى العوارض وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

المطلب الرابع
وقف الخصومة بسبب انقطاعها

تنقطع الخصومة القضائية ، إذا ما اعترى سيرها أحد العوارض فيؤدي إما إلى انقضاء شخصية الخصم القانونية ، أو يطرأ تغييرا على أهليته فيجعل سيرها أمرا مستحيلا أو غير صحيح ، مما يستوجب وقفها حتى يتم إزالة العارض الذي أدى إلى انقطاعها[1] .

لكن الخصومة إذا قطعت شوطا في سيرها ووصلت إلى مرحلة اختتام المرافعة ، أي مهيأة للفصل فيها ، فإنها تصبح محصنة من هذه العوارض ، و ذلك طبقا لما تنص عليه المادة 210 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

غير أن الخصومة اذا كانت غير مهيأة و اعتراها عارض فيؤدي إلى انقطاعها و يترتب عليه آثار تؤدى الى وقفها ، ثم تستأنف سيرها بعد زوال العارض ، و يبقي العمل الذي تم قبل حدوث العارض صحيحا ، أما العمل الذي يتم بعد انقطاعها يقع باطلا.

وتبعا لذلك سأتطرق إلى هذه المسائل فيما يلي:

أولا: انقطاع الخصومة بسبب الوفاة أو فقدان الأهلية:

قد تتعرض الخصومة إلى الانقطاع ، إذا حدث عارض لأحد الخصوم ، فيحدث ذلك اما بسبب الوفاة ، أو فقدان الأهلية ، وهي المسألتان التي اتطرق إليها كما يلي:

1_ ينبغي في هذا الشأن التمييز بين وقف الخصومة ، و تأجيلها فالوقف يعني أن تصبح ساكنة غير متحركة لأجل غير محدد ، بينما التأجيل هو وقفها إلى أجل محدد ، يجب على الخصوم أن يحضروا فيه لتقديم دفاع أو رد عن طلب و غيرهما.

1 - وفاة أحد الخصوم :

بمجرد ما يقع الإعتداء على الحق الموضوعي أو المركز القانوني - كما بينا في دراستنا للدعوى - ينشأ عنه حق يستقل عن الأول يعرف بالحق في الدعوى ، غايته هو الفصل في أصل النزاع و رد الاعتداء.

ويعد وجود الخصم من الناحية القانونية مقتضى ضروريا لممارسة الحق في الدعوى ، و يتولد عن ممارسة هذا الحق ، ميلاد الخصومة القضائية[1].

تبعا لذلك إذا رفعت الدعوى من أو على الشخص غير موجود من الناحية القانونية أي متوف ، فلا تنشأ الخصومة القضائية ولا تنعقد.

ومن الأمثلة على ذلك إذا رفعت الدعوي على مدعي عليه ، وقبل اعلانه كان متوفيا ، ففي هذه الحالة لا تنعقد الخصومة لان الانعقاد يفترض وجود خصمين موجودين من الناحية القانونية ، وبما أنه وعندما رفعت الدعوي كان احد الخصمين غير موجود من الناحية القانونية ، وبالتالي لا يمكن ان تنعقد الخصومة ومن ثم لا تخضع الى الانقطاع لانها لم تنشأ لفقدانها احد اركانها و إذا كان وجود الشخص من الناحية القانونية شرطا لانعقاد الخصومة القضائية ، فهو شرط ايضا لاستمراريتها في سيرها العادي.

فإذا رفعت الدعوي أمام القضاء من شخص على شحص و تم اعلان الخصم الآخر و حدثت الوفاة ، و لم تكن القضية مهيأة للفصل فيها أدت إلى انقطاع الخصومة ، وذلك طبقا لما تقضي به المادة 2/210 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، و يترتب على هذا الانقطاع وقف الخصومة بحكم القانون.

وتنقطع الخصومة أيضا في حالة انقضاء الشخصية الاعتبارية ، وأن يكون هذا الشخص قد زال بالفعل ولم يعد له وجود قانوني. غير أن الشركة في حالة التصفية لا يعد ذلك من أسباب انقطاع الخصومة ، لأن الشخصية الاعتبارية ما تزال موجودة في مرحلة التصفية ، وكل ما يترتب عليه سوى تغيير الممثل القانوني للشركة وهو المصفى ، ولا أثر لهذا التغيير

1- أحمد مليجي ، المرجع السابع ، ص 31.
- أحمد أبو الوفا ، المرافعات ، ص 516.
- أحمد مليجي ، ركود الخصومة ، ص 77.

على سير إجراءات الخصومة ، لأن ممثل الشخص الاعتباري لا يعد خصما فيها ، وإنما الشخص الاعتباري نفسه هو الذي يعتبر خصما ، وهذا الأخير لا يزال موجودا في مرحلة التصفية

هذا فيما يتعلق بانقضاء الشخصية القانونية ، وهناك سبب يؤدي إلى انقطاع الخصومة ، وهو لا يرتبط بوجود الشخص وإنما يرتبط بحالته الشخصية ، و هي المسألة التي أتطرق إليها فيها يلي :

2 - فقد أحد الخصوم أهلية التقاضي :

قد يلحق بأحد أطراف الخصومة عارض من عوارض الأهلية ، وسواء كان الخصم مدعيا أو مدعى عليه أو مدخلا في الخصام.

والعوارض التي تؤدي إلى فقد الخصم أهلية التقاضي هي: الجنون أو السفه أو العته وهي العوارض المنصوص عليها بالماده 42 من القانون المدني ، و يفقد أيضا لأهلية التقاضي أثناء تنفيذ عقوبة السجن المحكوم بها عليه لارتكابه جناية طبقا لاحكام المادة 9 مكرر من قانون العقوبات [1].

ويترتب على فقدان أهلية التقاضي إنقطاع الخصومة . وهذا ما تقضي به المادة 1/210 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

---

1. فقد نص في المادة 9 عقوبات على الحجر القانوني ، ويقصد بذلك أن الحجر يوقع بقوة القانون ، و بمجرد ما يصبح الحكم الجنائي حائزا لقوة الامر المقضي به يصبح الشخص محجورا عليه.

في حين نجد أن المادة 9 مكرر من نفس القانون تنص على انه في حاله الحكم بعقوبة الجنائية أن تأمر وجوبا بالحجر القانوني و السؤال الذي يطرح في حالة ما إذا أغفلت محكمة الجنايات الامر بالحجر القانوني فهل يصبح المحكوم عليه فى الجناية محجورا عليه ام لا ؟

في تقديري أن الحجر القانوني يقابله الحجر القضائي وهو الذي ينطق به القاضي أما الأول فلا يحتاج الى الامر به مادام حجرا قانونيا أي أن القانون هو الذي يأمر به وليس القاضي فيصبح الشخص المحكوم عليه جنائيا محجورا عليه بمجرد أن يصبح الحكم حائزا لقوة الأمر المقضي به .

والغاية من انقطاع الخصومة هي المحافظة على مصالح هؤلاء الأشخاص الذين أصبحوا غير قادرين على الدفاع عنها لإنعدام أهليتهم أو نقصها مما تؤثر في قدرة الشخص العقلية في الدفاع عنها . أو تمنعه من مباشرة حقوقه الإجرائية أمام القضاء.

وكذلك تنقطع الخصومة لزوال الصفة في التمثيل القانوني . وهذا العارض يلحق بممثل الشخص الطبيعي فاقد الاهلية أو ناقصها . كما إذا كان الخصم قاصرا يمثله الولي أو الوصي أو القيم . و بلغ سن الرشد أثناء قيام الخصومة . يترتب عليه زوال صفة الممثل القانوني لهذا الشخص.

وتنقطع أيضا الخصومة إذا كانت الوكالة فيها وجوبية . كما هو الشأن بالنسبة للمرافعة أمام المحكمة العليا . فيجب تمثيل الخصم أمامها بواسطة محام مقبول . فإذا تم عزل المحامي أو وفاته أو رجوعه عن الوكالة ، أو زوال أهليته . فيؤدي ذلك إلى انقطاعها ، و هذا ما تقضي به المادة 3/210 من نفس القانون .

هذا بعدما ما تطرقت إلى الاحوال التى تنقطع فيها الخصومة ، و مع ذلك يبقى السؤال مطروحا حول الأثر المترتب على انقطاعها . و هي المسألة التحى أتطرق إليها فيما يلي .

ثانيا: أثار إنقطاع الخصومة

بمجرد قيام عارض يتناول حالة الخصم الشخصية أو يؤدي إلى وفاته ، يحدث الانقطاع ، و تتوقف الخصومة بقوة القانون ، بصرف النظر عن علم الخصم الأخر بهذا السبب ، و دون حاجة إلى صدور حكم بالانقطاع ، و لكن إذا إقتضت الحاجة العملية إلى صدور حكم بوقف الخصومة بسبب انقطاعها . فهذا الحكم ليس إلا حكما مقررا.

وتقف الخصومة عند آخر إجراء حصل فيها قبل حدوث الانقطاع ، ويقع كل عمل إجرائي أثناء الوقف باطلا. و يترتب أيضا على الإنقطاع وقف المواعيد الإجرائية ، ولا تبدأ في السريان إلا بعد زوال الانقطاع ، و ذلك طبقا لما تنص عليه المادتان 318 ، 319 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

وقد تحدثث الوفاة أو يفقد الخصم أهلية التقاضي ، غير أن الخصم لا يصل إليه العلم ، بذلك ويستمر في السير فيها إلى غاية صدور الحكم فيها ، فما تاثير ذلك على صحة هذا الحكم ؟

حسب الأصل أنه و بمجرد حدوث الوفاة أو فقدان الخصم لأهلية التقاضي ، تتوقف الخصومة بحكم القانون ، و يقع كل إجراء بعد حدوث الوفاة أو تغير الاهلية باطلا سواء كان يعلم الخصم أو لم يعلم.

وإذا انقطعت الخصومة ، أدى ذلك إلى توقفها ، فكيف تستأنف سيرها ، وهي المسألة التي سأتطرق إليها فيما يلي:

ثالثا: إعادة السير في الخصومة:

يقصد بإعادة السير في الخصومة بعد توقفها ، سواء كان سبب توقف الخصومة راجعا إلى حكم القانون أو القاضي أو بسبب شطبها أو انقطاعها ، هو أن يتم إعلان الخصم الآخر ومن يحل محل من توفي أو فقد الأهلية ليواصل الإجراءات انطلاقا من آخر إجراء الذي تم فيها قبل توقفها.

وهذا ما تنص عليه المادة 217 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها ما يلي:

" يتم إعادة السير في الخصومة ، بموجب عريضة افتتاح الدعوي (الخصومة) ، تودع بأمانة الضبط ...."

وتنقطع الخصومة أمام جميع الجهات القضائية ، ويتم إعادة السير فيها طبقا لإجراءات رفع الدعوى ، بموجب عريضة تودع بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة وتعلن للطرف الآخر.

وفي حالة الوفاة أو تغيير أهلية الخصم الذي خسر الدعوى ، فان مواعيد الاستئناف لا تبدأ فى السريان ، إلا بعد إجراء تبليغ جديد لصاحب الصفة. أما في حالة تغيير أهلية المحكوم علية أو وفاته فلا تبدأ مواعيد الطعن الا بعد التبليغ إلى الشخص صاحب الصفة

الإجرائية . وفي حالة الوفاة لاتبدأ تلك المواعيد الا ابتداء من تاريخ التبليغ إلى الخلف العام.

إذن يزول الانقطاع بموجب عمل يأتيه أحد الخصوم ، وهذا ما يسمى بإعادة السير في الخصومة بعد توقفها وبذلك تستأنف الخصومة سيرها العادي بعد الانقطاع بإعلان عريضة إعادة السير في الدعوى إلى من قام مقام الخصم الذي توفي وهم الورثة أو إلى ممثل الشخص الطبيعي الذي فقد أهليته.

والخصومة القضائية قد تنتهي إلى أحد الأمرين . إما أن تنتهي بصدور حكم في موضوعها ،وتلك هي النهاية الطبيعية التي تنتهي إليها . وقد تنتهي بغير صدور حكم في موضوعها ، و تلك هي النهاية غير الطبيعية للخصومة و تسمي "بالانقضاء المبتسر للخصومة "[1] ، و اتناول هذه المسألة الأخيرة على التالي :

---

1. نبيل اسماعيل و آخرون ، قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، ط2004 ،ص541.
. أحمد مسلم ، أصول المرافعات ، المرجع السابق ، ص 541 .
. انظر القرار الصادر بتاريخ 2010/12/23 ، رقم 619235 عن الحكمة العليا ،الغرفة المدنية ، القسم الثالث ، غير منشور ،حيث جاء فيه ما يلي : " حيث أن الطاعنين يعيبون على القرار المطعون فيه بدعوي أن قضاة الموضوع أسسوا قضاءهم على عدم إستمرار الخصومة وركودها لمدة أكثر من سنتين يعود إلى إهمال مورث الطاعنين ، ثم بعد ذلك إلى ورثته وهم الطاعنون الحاليون ، في حين أن مورث الطاعنين قد توفى يوم 2000/10/13 أي بعد اقل من أربعة أشهر من صدور القرار القاضي وقبل الفصل في الموضوع بإجراء تحقيق.
وحيث أن قضاة الموضوع عندما اعتبروا أن ركود الخصومة يعود إلى إهمال مورث الطاعنين الذي وفته المنية قبل إنقضاء سنتين من تاريخ صدور القرار المذكور أعلاه ، يعد ذلك خرقا لأحكام المادة 220 إجراءات مدنية يعرض القرار المطعون فيه للنقض.
وحيث أن ما يعيبة الطاعنون على القرار المطعون فيه في محله ، وذلك عندما قضي بسقوط الخصومة بالرغم من أن المستأنف قد توفي اقل من اربعة اشهر من تاريخ صدور القرار القاضي وقبل الفصل في الموضوع بإجراء تحقيق ، واعتبروا أن هذا الركود يعود إلى إهمال مورث الطاعنين ، ثم بعد ذلك يعود إلى ورثته.
وحيث أنه و لكي يسري ميعاد السقوط فى حق الطاعنين كان يجب على المطعون عليه ان يثبت اهمال الطاعنين فى موالاة اجراءات إعادة السير في الدعوي.
وحيث أنه لا يمكن اثبات اهمال الطاعنين الا باثبات علمهم بوجود خصومة ، إذ تقوم القرينة فى هذه الحالة على عدم علم الطاعنين بها ، ويقع عبء الإثبات على عاتق المطعون عليه بانهم كانوا يعلمون بها ولم يسارعوا في إعادة السير قبل سقوطها.
وحيث أن قضاة الموضوع عندما انتهوا إلى الحكم بسقوط الخصومة استنادا إلى اهمالهم ولم يبينوا ما إذا كان الطاعنون كانوا على علم بوجود هذه الخصومة أم لا قد اخطأوا فى تطبيق المادة 220 من قانون الإجراءات المدنية ، مما يعرض قضاءهم للنقض ".

المبحث الثاني
انقضاء الخصومة بالسقوط

الأصل أن تنقضي الخصومة بصدور الحكم في موضوعها . و بذلك تكون قد حققت الغرض الذي أنشئت من أجله.

غير أن الخصومة قد تعتريها - أثناء سيرها - عوارض تؤدي إلى توقفها و ركودها تجعلها لا تبرح مكانها ، لكن هذا الركود والتوقف لا يجب أن يطول وألا يبقى بلا نهاية ، لأنه في الأصل لا يجب أن تبقى - طوال الدهر - سيفا مسلطا على الخصم ، فإذا تعرضت إلى التوقف فترة معينة من الزمن ، تعرضت إلى جزاء السقوط.

ولدراسة موضوع سقوط الخصومة ، فان ذلك يدعوني إلى أن اتطرق إلى تعريف السقوط وصاحب الحق في التمسك به ، ثم إلى طبيعة الدفع بسقوط الخصومة ومدى تعلقه بالنظام العام ، ومدى قابلية الخصومة الى التجزئة في حالة سقوطها . و شروط هذا السقوط والآثار القانونية المترتبة عليه.

وتبعا لذلك ، سأقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول : تعريف سقوط الخصومة و من يتمسك به.
المطلب الثاني : طبيعة الدفع بالسقوط و مدى تعلقه بالنظام العام.
المطلب الثالث : مدى قابلية الخصومة للتجزئة في حالة سقوطها.
المطلب الرابع : شروط سقوط الخصومة.
المطلب الخامس : أثار سقوط الخصومة.

وإلى تفصيل هذه المسائل فيما يلي:

المطلـــب الأول
في تعريف سقوط الخصومـة ومن يتمسك بـه

تقديـم

الخصومة القضائية نظام قانوني يسعى إلى تحقيق هدف معين ، فإذا تحقق هذا الهدف استنفذ الغرض الذي وجد من أجله ويؤدي إلى انقضاء الخصومة ، ولم يوجد هذا النظام من أجل استعماله في غير الغرض الذي وجد من اجله ، فان توقف بدون مبرر قانوني أدى به إلى الزوال ، ولكن هذا الانقضاء لا يحدث تلقائيا ولكن يجب أن يتمسك به من قبل صاحب المصلحة.

وتبعا لذلك سأقسم هذا المطلب إلى فرعين الأول أتناول فيه تعريف سقوط الخصومة والثاني أتعرض فيه إلى صاحب المصلحة في التمسك بهذا السقوط وذلك على النحو التالي:

الفـرع الأول
في تعريف سقوط الخصوم

يقصد بسقوط الخصومة زوالها بدون صدور حكم في موضوعها بسبب عدم قيام صاحب المصلحة بالنشاط اللازم لسيرها ، وركودها مدة سنتين عن قصد واهمال ، ويترتب عليه بطلان جميع الإجراءات التي تمت فيها[1].

---

1. نبيل إسماعيل عمر ومن معه ، قانون المرافعات المدنية ، المرجع السابق ، ص 601.

ووقف الخصومة لا يترتب عليه سقوط الخصومة ، ألا إذا أمكن إثبات أن سبب هذا الركود والسكون يعود إلى الخصم المنوط به السير وعادة ما يكون المدعي أو من في حكمه [1] كالمستأنف.

وإذا أنتفى وصف الإهمال عن مسلك المدعي فلا يترتب السقوط مهما طالت المدة ويحسب ميعاد السقوط من آخر إجراء صحيح قام به أحد الخصوم [2].

وتسري أحكام السقوط على الخصومة في أية مرحلة من مراحل سيرها أمام القضاء، سواء ركدت أمام محكمة الدرجة الأولى، أو أمام جهة الاستئناف . وسقوط الخصومة أمام الجهة الأخيرة يجعل الحكم الابتدائي نهائيا حائزا لقوة الأمر المقضي به . و كذلك يجعل الحكم الابتدائي المطعون فيه بالمعارضة . إذا ركدت خصومة المعارضة مدة سنتين يصبح الحكم المعارض فيه نهائيا ، و هذا ما تقضي به المادة 227 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية. في حين لا تتعرض الخصومة للسقوط أمام المحكمة العليا مهما طالت المدة [3].

1- . أنظر القرار الصادر بتاريخ 15 فيفري 2006 رقم 326964 عن المحكمة العليا ، الفرقة المدنية، القسم الثالث ، غير منشور إذ جاء فيه مايلي:

" حيث أن الطاعنين ينعون على القرار المطعون فيه، بدعوى أن المادة 220 الإجراءات المدنية تنص على أنه يجوز للمدعى عليه أن يطلب سقوط الخصومة، في حين أن الطاعنين هم المدعيين في هذه الدعوى بينما المجلس صرح بأنهم هم المدعى عليهم في الاستئناف مما يسمح لهم المطالبة بسقوط الخصومة ، وبذلك فإن المجلس لم يأخذ بعين الاعتبار صفة الأطراف في الدعوى الأصلية ، مما يعد ذلك خرقا لأحكام المادة المذكورة أعلاه يعرض القرار المطعون فيه للنقض.

لكن ما يعيبه الطاعنون على القرار المطعون فيه، ليس في محله، ذلك أن الخصم الذي يحق له أن يرفع دعوى سقوط الخصومة أو أن يتمسك بدفع بسقوطها هو المدعى عليه أو من يكون في مركزه القانوني.

وتبعا لذلك يصبح المستأنف - حسب مفهوم المادة 220 إجراءات مدنية - في مركز المدعى والمستأنف عليه في مركز المدعى عليه، وبالتالي يصبح من حق المستأنف عليه أن يتمسك بسقوط الخصومة أمام جهة الاستئناف ولو كان مدعيا أصليا أمام المحكمة الابتدائية....."

2 - نبيل إسماعيل عمرو من معه ، قانون المرافعات ، المرجع السابق ، ص 601.

3- لا تتعرض الخصومة الجارية أمام المحكمة العليا إلى السقوط ، لعدم إمكانية نسبة الإهمال في عدم سيرها إلى مسلك الطاعن ، لكن إذا انتهت خصومة الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا إلى النقض والإحالة فإنها تحيا من جديد أمام جهة الاستئناف أو أمام المحكمة الابتدائية ، ويترتب على النقض إعادة الأطراف إلى مراكزهم القانونية السابقة التي كانوا عليها قبل صدور القرار أو الحكم المطعون فيه بالنقض، بحيث تحيا خصومة الاستئناف أو خصومة الدرجة الأولى من جديد، فإذا لم يعد المستأنف أو المدعي السير فيها وركدت مدة سنتين من تاريخ صدور قرار المحكمة العليا تعرضت للسقوط ، ويترتب على سقوط خصومة الاستئناف أن يصبح الحكم محل الاستئناف نهائيا حائزا لقوة الأمر المقضي به . وهذا ما تقضي به المادة 229 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية .

والخصومة القضائية باعتبارها مركزا إجرائيا يتكون من مجموعة من الأعمال الإجرائية . فإن هذا السقوط يتناول هذا المركز حيث يشمل أول عمل اتخذ فيه أي زوال الطلب القضائي إلى آخر عمل إجراء قد اتخذ فيه.

وتبعا لذلك . فالأعمال القانونية التي تتم خارج أعمال الخصومة أو تلك التي أنجزت قبل بدئها كالتنبيه والاعذار والاحتجاج بعدم الدفع وطلب المساعدة القضائية لا يتعرض للسقوط . إذا ما قضى بسقوط الخصومة.

ويعد السقوط أحد الجزاءات الإجرائية المقررة لأحد الخصوم في مواجهة الآخر . ومن ثمة يطرح التساؤل التالي:

هل يحق لكل خصم في الخصومة أن يتمسك بالسقوط ؟ أم أنه مقرر فقط لأحدهما دون الآخر ؟

إذن فمن هو الخصم صاحب الحق ؟ للمطالبة بسقوط الخصومة . وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي :

الفــرع الثانــي
صاحب الحق في التمسك بسقوط الخصومـة

تقرر التشريعات المختلفة سقوط الخصومة لعدم السير فيها ، غير أنها تختلف حول الاعتبار الذي تقيم عليه السقوط . و بذلك يطرح السؤال التالي : فهل سقوط الخصومة قائم على اساس قرينة تنازل المدعي عليها ام قائم على اساس رعاية المصلحة العامة حتى لا تتراكم القضايا امام المحاكم مما يؤثر سلبا على حسن سير العدالة ام انه قائم على اساس حماية مصلحة المدعى عليه ، حتى لا يبقى مهددا بدعوي خصمه . مما يجعله يعيش حالة القلق و عدم الاستقرار [1] .

1 . أحمد أبو الوفا . المرافعات . ص 619 .

وتترتب مجموعة من النتائج القانونية على انحياز الى احد الاعتبارات المذكورة أعلاه فمثلا إذا رجح المشرع فكرة المصلحة العامة و اسس عليها السقوط ، كان للمحكمة أن تقضى بالسقوط تلقائيا ويحق لكل خصم ان يتمسك به أما إذا أقيم السقوط على فكرة افتراض تنازل المدعي عن الخصومة . فلا يكون للمحكمة أن تقضي به تلقائيا و يحق للمدعي ان يتمسك به . كما يحق للمدعي عليه أن يتمسك به الشرط أن يثبت ما يؤيد نزول خصمه عن الخصومة.

أما إذا كان السقوط مبينا عن حماية مصلحة المدعي عليه . فلا يجوز للمدعي ان يتمسك به بل وجب الحكم به ولو كان هذا الأخير قاصرا وليس له من يمثلة قانونا . ولا يجوز للمحكمة ان تثيره تلقائيا[1].

وتبعا لذلك يبقى السؤال مطروحا حول الاعتبار أوالاساس الذي يبني المشرع عليه السقوط فى القانون الجديد فإذا كان القانون القديم كان واضحا كل الوضوح حول الاعتبار الذي يقيم عليه السقوط و هو رعاية مصلحة المدعى عليه . وقد أكد على هذا المبدأ في المادة 1/220 من القانون الإجراءات المدنية القديم مايلي:

"يجوز للمدعى عليه أن يطلب إسقاط الدعوى أو الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع ، إن تسبب المدعي في عدم الإستمرار فيها أو عدم تنفيذ الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع . وذلك طيلة مدة سنتين".

في حين أن القانون الجديد لم يوضح الاعتبار الذي يقيم عليه السقوط . فموقفة شديد الغموض . فقد نص فى الماده 222 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على ما يلي : " تسقط الخصومة نتيجة تخلف الخصوم عن القيام بالمساعي اللازمة [2]. يجوز للخصوم تقديم طلب السقوط . أما عن طريق دعوي أو عن طريق دفع يثيره أحدهم قبل ايه مناقشة فى الموضوع ".

---

1 - أحمد أبو الوفا ، المرافعات ، ص 619.

2 - يقصد بالمسعى جمع مساعي الإجراء جمع إجراءات ، و المسعى مفهوم غير قانوني ، وهو يعنى مسلك الخصم ، فى حين أن مصطلح الإجراء له معني خاصا فى القانون ، وكان الأصح أن تأتي الصياغة على النحو التالي : "تسقط الخصومة نتيجة تخلف الخصوم عن القيام بالاجراءات اللازمة ".

ويستخلص من هذا النص أن سقوط الخصومة يكون نتيجة عدم قيام الخصوم بالمساعي اي بالاجراءات التي تقطع ميعاد السقوط ، مما يفيد انه يحق لكل من المدعي والمدعى عليه أن يقوم بالإجراءات التي تقطع مدة السقوط ، فإذا قام المدعي عليه باعادة السير في الدعوي بعد توقفها وإعلان عريضة إعادة السير في الدعوى إلى المدعي يقطع مدة السقوط ، و هذا أمر طبيعي و لا خلاف حوله.

كما يفيد من ذات النص انه يجوز للخصوم تقديم طلب السقوط عن طريق الدعوى أو الدفع ، مما يعني انه يجوز لكل من المدعي والمدعى عليه تقديم طلب السقوط و إذا كان من حق المدعي عليه طلب سقوط الخصومة.

ومن ثمة يبقي السؤال مطروحا حول ما إذا كان يجوز للمدعي الذي أهمل أعادة السير في الخصومة أن يطلب سقوطها ، وهل يجوز له ان يستفيد من خطئه لطلب سقوط الخصومة التى اهملها وتقاعس في إعادة السير فيها ؟ وهل تصبح للمدعي مصلحة في رفع الدعوي أو التمسك بالدفع بسقوط الخصومة ؟

وقبل الإجابة عن هذه الأسئلة ، لابد من البحث عن الاعتبار الذي يقيم عليه المشرع السقوط.

فقد استبعد المشرع الاعتبار القائم عليه السقوط المبني على حماية المصلحة العامة ، و ذلك عندما نص في المادة 225 من نفس القانون ، على عدم جواز إثارة السقوط تلقائيا من قبل المحكمة ، مما يفيد انه لا يتعلق بالمصلحة العامة ، و من ثمه لم يبق سوى احد الاعتبارين ، الأول الذي يقيم السقوط على قرينة تنازل المدعي عن الخصومة ، و هذا الاعتبار يخول لكل من المدعي و المدعى عليه ان يتمسك به ، و إذا تمسك به المدعى عليه فيجب عليه ان يثبت ما يؤيد نزول المدعي عن الخصومة.

غير أن السؤال يبقى مطروحا حول الاعتبار القائم على قرينة تنازل المدعي عن الخصومة فهل يتوقف ذلك على قبول المدعى عليه ؟

إن ترك أو تنازل عن الخصومة ، فلا يسري هذا التنازل إلا إذا قبل به المدعى عليه إذا سبق له أن تمسك بالدفوع بعدم القبول ، أو الدفوع الموضوعية ، وهذا ما تقضي به المادة 232 من نفس القانون.

وهذا يتناقض مع نظام سقوط الخصومة ، فهو جزاء يوقع على المدعي الذي أهمل السير في الخصومة ، وحماية للمدعى عليه حتى لا تبقى سيفا مسلطا عليه طوال الدهر.

ويستخلص من كل ذلك ، فإن المشرع لم يتبن نظام سقوط الخصومة القائم على قرينة تنازل المدعي عن الخصومة ، ومن ثمة لم يبق إلا الاعتبار الذي يرمي إلى حماية المدعى عليه ، وتبعا لذلك يكون من نتائجه سريانه في حق الشخص الطبيعي حتى ولو كان ناقض الأهلية ، وهذا ما تقضي به المادة 224 من نفس القانون.

في حين لو كان السقوط مبنيا على قرينة تنازل المدعى عن الخصومة ، فلا يسري السقوط في حق ناقض الأهلية[1] ، لأن التنازل عن الخصومة ، لا يكون إلا من شخص كامل الأهلية ، لأن التنازل عن الخصومة يعد من الأعمال القانونية التي يتطلب فيها القانون توافر الأهلية الكاملة للقائم بها.

وتبعا لذلك ، إنه إذا كان المشرع ، لم يفصح عن الاعتبار الذي يقيم عليه السقوط ، كما كان الشأن في ظل القانون القديم.

غير انه ومن خلال استقراء النصوص القانونية ، يتبين منها أن المشرع اقرب الى الاعتبار الذي يبني السقوط على حماية مصلحة المدعي عليه ، وبالتالي لم يخرج المشرع في النهاية عما كان مطبقا في ظل القانون القديم.

ومن ثمة يتولد الحق فى طلب سقوط الخصومة للمدعي عليه ، ويوجه طلب سقوط الخصومة ضد المدعي أو من في حكمه كالمستأنف الذي يهمل السير فى الخصومة لمدة سنتين تبدأ من آخر إجراء صحيح قد تم فيها ، ويجري حساب سنتين طبقا لأحكام القواعد العامة في حساب المواعيد ، وذلك طبقا لما تقضي به الماده 223 من نفس القانون [2].

---

1 - أحمد أبو الوفا ، المرفعات ، المرجع السابق ، ص 619.

2 - هذه المادة تشير الى ان يبدأ الميعاد من تاريخ صدور الحكم او صدور الامر القاضي ..... غير انه و بعد صدور الحكم او الامر قد يتخذ الخصم عدة إجراءات تقطع ميعاد السقوط ، وبالتالي يحسب ميعاد السقوط من آخر اجراء و ليس من تاريخ صدور الحكم.
فكان من الاصح ان ينص المشرع على ان يبدأ الميعاد من آخر اجراء صحيح.

وإذا لم يعد عدم السير في الدعوى راجعا إلى إهمال المدعي ، فلا تسقط و لو استمر عدم السير فيها لمدة أكثر من سنتين ، كأن يقع مانع مادي يمنع المدعي من موالاه إجراءات سير الخصومة لقيام الحرب او استحالة الانتقال بسبب الفياضانات او انقطاع المواصلات ، إذ تقف مدة السقوط خلال ذلك الحدث[1].

لأن عدم السير في الخصومة لم يكن بفعل المدعي ، كذلك لا تسقط الخصومة بسبب وفاة المدعي أو فقد الأهلية أو زوال الصفة من يمثله ما لم يقم المدعى عليه بتبليغ من يقوم مقام المدعي بوجود الخصومة[2].

ويمكن أيضا التمسك بسقوط الخصومة في مواجهة المتدخل الهجومي باعتباره يأخذ حكم المدعي بالنسبة للطرفين الاصليين . ويحق أيضا للمتدخل الانضمامي الذي تدخل إلى جانب المدعى عليه أن يتمسك بسقوط الخصومة ضد المدعي.

إذن الحق في الدفع بسقوط الخصومة يثبت للمدعي عليه ومن في حكمه[3]. ولا يحق للمدعي أن يتمسك بسقوط الخصومة وإن أراد أن يتخلص من هذه الخصومة ما عليه سوى أن يلجأ إلى إجراءات التنازل عن الخصومة.

1- انظر المادة 322 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، تنص على عدم سريان مواعيد السقوط فى حالة القوة القاهرية او الحدث المفاجئ.

2- نبيل إسماعيل عمر و من معه ، المرافعات ، ص60 .

- ابو الوفا ، المرافعات ، ص559.

3- القرار الصادر بتاريخ 2006/09/02 رقم 341325 الصادر عن المحكمة العليا ، المحكمة المدنية ، القسم الثالث ، غير منشور ، إذا جاء فيه مايلي:

"حيث ان الطاعنين يعيبون على القرار المطعون فيه بدعوى أن طلب إسقاط الخصومة مقرر للمدعى عليه ومن في حكمه ، فيعتبر المستأنف عليه في حكم المدعى عليه والمستأنف في حكم المدعي وأن من رفع الاستئناف هو المدعى عليه ومن ثمة فإن الدعوى بإسقاط الخصومة ترفع من المستأنف عليه على المستأنف ، وأن قضاة الاستئناف عندما انتهوا إلى رفض الدعوى على أساس أن حق طلب اسقاط الخصومة مقرر للمدعى عليه الأصلي دون غيره يعد ذلك خرقا لأحكام المادة 220 إجراءات مدنية ، مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض.

وحيث أن ما يعيبه الطاعنون على القرار المطعون فيه سديد في محله ، ذلك أن الخصم الذي يحق له أن يرفع دعوى سقوط الخصومة ، أو أن يتمسك بسقوطها هو المدعى عليه أو من يكون في مركزه القانوني.

وتبعا لذلك يصبح المستأنف – حسب نص المادة 220 قانون إجراءات مدنية – في مركز المدعي والمستأنف عليه في مركز المدعى عليه ، وبالتالي يصبح من حق المستأنف عليه أن يتمسك بسقوط الخصومة أمام جهة الاستئناف ، ولو كان مدعيا أصليا أمام المحكمة الابتدائية ، لأن المستأنف لا يجوز له أن يتمسك بسقوط الخصومة لانعدام لديه أية مصلحة.

وحيث أن قضاة الموضوع عندما انتهوا إلى رفض طلب سقوط الخصومة ، استنادا إلى أنه لا يجوز رفعه إلا من قبل المدعى عليه الأصلي ، يعد ذلك خرقا لأحكام المادة 220 إجراءات مدنية يعرض قضاءهم للنقض"

ولكن يبقى السؤال مطروحا حول طبيعة الدفع بسقوط الخصومة ، وما إذا كان هذا الدفع يتعلق بالنظام العام أم لا؟

وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

المطلب الثاني
طبيعة الدفع بسقوط الخصومة ومدى تعلقه بالنظام العام

يثير الدفع بسقوط الخصومة السؤال التالي: هل هو دفع بعدم القبول أم دفع شكلي [1] ؟ وتقتضي الإجابة عن هذا السؤال ، التميز بين هذين الدفعيين ، فالدفع الشكلي يوجه إلى أحد العيوب التي تلحق بالعمل الإجرائي ، فهو الوسيلة التي يهدف الخصم من ورائها إلى إثبات عدم صحة الإجراءات ، وإذا كان هذا الدفع مؤسسا فيترتب عليه بطلان الإجراءات وهذا ما تؤكد عليه الماده 49 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، على أن الدفوع الشكلية هي كل وسيلة تهدف الى التصريح بعدم صحة الإجراءات ، كما إذا تمسك المدعي عليه ببطلان عريضة افتتاح الخصومة لأحد الأسباب كعدم تعيين موضوع أو سبب الطلب القضائي ، أو تقديم الطلب القضائي باسم شخص ناقص الأهلية ، أو عدم تعيين شخصية الخصم تعيينا كافيا نافيا للجهالة ، وغيرها من العيوب الإجرائية ، التى تلحق العمل الإجرائي ، وان الوسيلة التي يتمسك بها الخصم لإعمال هذا الجزاء هو الدفع الشكلي.

في حين الدفع بعدم القبول ، يوجه إلى انكار سلطة خصمه فى استعمال الدعوى القضائية ، وهو يوجه إلى عدم قبول الدعوي لتخلف احد شروطها ، و هي الشروط التي تنص عليها المادة 13 من نفس القانون ، كأن يتمسك المدعي عليه بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة أو الصفة وكذلك يستعمل الدفع بعدم القبول لاعمال جزاء السقوط ، وذلك إذا لم يمارس صاحب الحق حقه ، سواء كان حقا موضوعيا او حقا اجرائيا خلال فترة معينة ، يحددها القانون سقط حقه فى ذلك.

---

1 - محمود السيد عمر ، إصدار الحكم القضائي ، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية ، ط 2011 ، ص 190.

والحقوق تختلف من حيث طبيعتها بالنظر إلى المصدر الذي ينشئها. فإذا كان مصدرها القواعد الموضوعية، كتلك المنصوص عليها في القانون المدني والتجاري وقانون الأسرة وغيرها تسمى بالحقوق الموضوعية. أما إذا كان مصدرها القاعدة الإجرائية، كتلك المنصوص عليها في قانون الإجراءات فتسمى بالحقوق الإجرائية[1].

وتتعرض الحقوق الموضوعية - إذا لم يستعملها صاحبها خلال فترة زمنية محددة - إلى جزاء التقادم في حين ان الحقوق الإجرائية إذا لم يباشرها صاحبها خلال مده محددة تعرضت إلى جزاء السقوط[2]. وهذا ما نصت عليه المادة 322 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

والمواعيد المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لممارسة أحد الحقوق متعددة منها ميعاد سقوط الخصومة وميعاد الطعن بالاستئناف او المعارضة أو الطعن بالنقض وغيرها.

وعلى ذلك إذا لم يرفع الطعن في الميعاد القانوني أولم يعد السير في الخصومة بعد توقفها إلا بعد انقضاء سنتين، فإنه ينشأ للخصم الآخر صاحب المصلحة الحق في التمسك بسقوط الحق في الاستئناف أو في إعادة السير في الخصومة، والوسيلة الفنية التي يتمسك بها لإعمال هذا الجزاء هو الدفع بعد القبول[3] و ليس الدفع الشكلي[4].

إذن الوسيلة التي يتمسك بها لإعمال جزاء البطلان هو الدفع الشكلي، في حين الوسيلة التي يتمسك بها لإعمال جزاء السقوط هو الدفع بعدم القبول.

والفارق بين جزاء البطلان وجزاء السقوط بين، فإذا ما قضي بالبطلان، فالعمل يحيا من جديد، بعد تجديد الإجراء، أما إذا قضى بسقوط الحق فينقضي ولا يحيا من جديد، ويمكن تصحيح الإجراء الباطل، بينما السقوط لا يقبل ذلك[5].

1-نبيل إسماعيل عمر، سقوط الحق في اتخاذ الإجراء، منشأة المعارف الإسكندرية، ط 1989، ص 16.

2-أبو الوفا، المرافعات، ص 776.

3-نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 175.

4-يرى جانب من الفقه أن الدفع بسقوط الخصومة هو من الدفوع الشكلية، يجب الإدلاء به قبل التكلم في الموضوع، ولا يعد من الدفوع بعدم القبول.

5-نبيل إسماعيل عمر ومن معه، المرافعات، المرجع السابق، ص 617.

وتبعا لذلك ، إذا سقط حق من الحقوق الإجرائية ، فينشأ عن هذا السقوط الدفع بعدم القبول لعدم قانونية المصلحة ، و مرد ذلك إلى أن هذا الحق لم تعد أية قاعدة قانونية تحميه.

والدفع بعدم القبول - كما بينا - قد لا يتعلق بالنظام العام ، وهذا ما يستفاد من الماده 69 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، على انه يجب على القاضي ان يثير تلقائيا الدفع بعدم القبول إذا كان من النظام العام ، بمعنى ليس كل الدفوع بعدم القبول متعلقة بالنظام العام ، والرأي الذي يذهب إلى اعتبار الدفع بسقوط الخصومة هو من الدفوع الشكلية[1] ، على أساس انه يجب الادلاء به قبل التكلم فى الموضوع والا سقط الحق فيه وهذا ما تؤكد عليه الماده 222 من نفس القانون.

غير أن هذه الحجة غير صحيحة ، ذلك انه وفى حالة ما إذا تطرق الخصم صاحب المصلحة إلى الكلام في الموضوع ، فيعد ذلك قرينة عن تنازله عن الدفع بعدم القبول ، ويملك صاحب الحق فى الدفع ان يتنازل عن حقه فى ذلك صراحة أو ضمنا ، لأنه إذا كان الحق فى الدفع بعدم قبول يمكن التمسك به فى ايه مرحلة كانت عليها الدعوى حتى و لو بعد تقديم الدفوع فى الموضوع ، كما تقضي بذلك المادة 68 من نفس القانون ، غير أن المشرع استثنى الدفع بعدم القبول الناشئ عن سقوط الخصومة من حكم هذه القاعدة.

والمشرع نفسه اعتبر الدفع بسقوط الحق فى الدفع الشكلي من الدفوع بعدم القبول و هذا ما ورد النص عليه صراحة فى المادة 50 من نفس القانون حيث جاء فيه ما يلي: " يجب إثارة الدفوع الشكلية في آن واحد و قبل إبداء أي دفع ..... تحت طائلة عدم القبول ".

وتبعا لذلك فان الدفع بعدم القبول الناشئ عن سقوط الخصومة ، يجب الإبداء به قبل الكلام فى الموضوع والا سقط الحق فيه ، و هذا يعد استثناء على نظام الدفوع بعدم القبول التي يمكن التمسك بها فى ايه مرحلة كانت عليها الدعوى.

1- أحمد ابو الوفا ، الدفوع ، ص 604 .

إن الدفع بسقوط الخصومة - كما رأينا - هو من الدفوع بعدم القبول غير متعلق بالنظام العام مقرر لمصلحة المدعى عليه ويجب على هذا الأخير أن يتمسك به قبل الكلام فى الموضوع والا سقط الحق فيه . استثناء ذلك من أحكام الدفوع بعدم القبول .

ويبقي السؤال مطروحا حول ما أذا كانت الدعوى مرفوعة من اكثر من مدعي او مدعى عليه . فهل يحق لاحدهم ان يتمسك بالطلب او الدفع بسقوط الخصومة في مواجهة البعض دون الآخر . و تلك هي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

المطلب الثالث
مدى قابلية الخصومة للتجزئة في حالة سقوطها

في حالة تعدد المدعيين . فهل يجب على المدعى عليه أن يوجه الطلب أو الدفع بسقوط الخصومة إلى أحد المدعيين دون الباقي . فهل يكون هذا الطلب أو الدفع مقبولا أم لا؟

وكذلك في حاله تعدد المدعي عليهم . فهل يجب ان يوجه الطلب أو الدفع من جميع المدعى عليهم . و فئ حالة ما إذا وجه أحدهم الطلب أو الدفع إلى المدعي من دون باقي المدعى عليهم . فهل يكون هذا الطلب أو الدفع مقبولا أم لا ؟

وقبل الإجابة عن هذه الأسئلة يجب علينا طرح السؤال التالي: ما إذا كانت الخصومة تقبل التجزئة أم لا ؟

قد اختلف الرأي حول مدى قابلية الخصومة القضائية للتجزئة . في حالة الحكم بسقوطها . فإذا ما تعدد الخصوم في الخصومة الواحدة . فهل تقبل السقوط بالنسبة للبعض مع استمراريتها مع البعض الآخر . وسواء يرجع ذلك إلى عدم تحقيق شروط السقوط بالنسبة للبعض . أو يرجع إلى تنازل أحدهم عن السقوط . في حين البعض الآخر يتمسك به.

فقد استقر القضاء الفرنسي على مبدأ ، وهو عدم قابلية الخصومة القضائية للتجزئة[1] ، سواء كان موضوعها قابلا أو غير قابل للتجزئة ، ولذلك يشترط أن يقدم الطلب أو الدفع ضد جميع المدعى عليهم وإلا كان غير مقبول.

في حين أن الفقه يتجه عكس ما يعتنقه القضاء الفرنسي ، فهو يرى أنه إذا كان موضوع الخصومة غير قابل للتجزئة ، فيؤدي ذلك حتما إلى عدم قابليتها للتجزئة ، وعدم قابلية الخصومة إلى التجزئة قد يرجع إلى طبيعة موضوعها ، كالدعوى التي يكون موضوعها بطلان عقد الشركة ، فهذا الأخير أما أن يكون باطلا أو صحيحا في مواجهة الجميع. وإما أن ترجع عدم قابلية الخصومة للتجزئة إلى النص القانوني ، كدعوى الشفعة أو دعوى القسمة حينئذ تسقط الخصومة في حق الجميع أو تستمر في مواجهة الجميع.

إذن الخلاف الذي نشأ بين القضاء والفقة الفرنسي حول موضوع الخصومة ، إذا كان قابلا للتجزئة ، فقد انعقد الإجماع في الفقه حول قابلية سقوط الخصومة - إذا كان موضوعها - قابلا للتجزئة[2] في حين أن القضاء يرى عكس ذلك ، فسقوط الخصومة يكون غير قابل للتجزئة ، سواء كان موضوعها قابلا و غير قابل للتجزئة[3].

وقد جاء القانون القديم خاليا من أي نص يعالج مشكلة سقوط الخصومة في حالة تعدد أطرافها ، في حين أن القانون الجديد قد نص فى المادة 2/222 على ما يلي:

" يجوز للخصوم تقديم طلب السقوط إما عن طريق دعوي أو عن طريق دفع يثيره أحدهم .... ".

ويستخلص من هذا النص أن المشرع يوجب فى حاله تعدد الخصوم أن يتمسكوا جميعا بالدفع بسقوط الخصومة ، و لا يجوز أن يتمسك به بمفرده وذلك ما يمكن التوصل اليه دلالة[4] ، ولم ينص على ذلك صراحة وتبعا لذلك لا يمكن لنا الجزم بأن المشرع الجزائري قد تبنى موقفا صريحا حول سقوط الخصومة فى حالة تعدد أطرافها ، وأمام ذلك

1- الأنصاري حسن النيداني ، مبدأ وحدة الخصومة ، المرجع السابق ، ص 276.

2- الأنصاري حسن النيداني ، المرجع السابق ، ص 278 ، 248.

3- الأنصاري حسن النيداني ، المرجع السابق ، ص 278 ، 248.

4 - ذلك أن القانون يشير إلى الخصوم ويخاطبهم كجماعة, حيث يكون من مهم طلب سقوط الخصومة و لم يستعمل عبارة الخصم,مما يفيد دلالة أن المشرع يستوجب أن ترفع دعوى لسقوط الخصومة من جميع الخصوم.

يجب الرجوع إلى أحكام القواعد العامة المتعلقة بسقوط الخصومة . إن تلك القواعد تميز بين موضوع الخصومة إذا كان غير قابل للتجزئة . فيؤدي ذلك حتما إلى عدم قابلية سقوط الخصومة - في حالة تعدد أطرافها – للتجزئة[1]. أما إذا كان موضوع الخصومة قابلا للتجزئة . فالأصل أن تكون قابلة للتجزئة . ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

وتبعا لذلك إذا تمسك أحد المدعى عليه بسقوط الخصومة أمكن الحكم له بذلك. مع بقائها مستمرة مع باقي الآخرين[2].

ومن ثمة يمكن التأكيد على التميز بين موضوع الخصومة . إذا كان قابلا للتجزئة . فسقوطها يصبح بدوره قابلا للتجزئة . أما إذا كان موضوعها غير قابل للتجزئة . فإن سقوطها يصبح غير قابل للتجزئة . ومن ثمة فان سقوط الخصومة بالنسبة لبعض المدعى عليهم يستتبع سقوطها بالنسبة للآخرين . ولو كان أحد المدعي عليهم ليس له الحق فى التمسك بسقوط الخصومة فيستفيد منه بالرغم من عدم التمسك به ما دام موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة[3] .

كذلك إذا أراد المدعي قطع ميعاد سقوط الخصومة فيجب عليه آن يعيد السير في الدعوى في مواجهة جميع المدعى عليهم . فإذا أعاد السير في مواجهة البعض دون الباقي . فلا يمنع ذلك من سقوط الخصومة بالنسبة للجميع إذا كان موضوعها غير قابل للتجزئة . فيستفيد منه ما لم يتمسك بها[4].

أما إذا كان موضوعها قابلا للتجزئة فتبقى مستمرة في مواجهة البعض الذي أعاد السير في الخصومة و تسقط بالنسبة للآخرين.

والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن . فما هي الشروط الواجب توافرها لامكان التمسك بسقوط الخصومة . وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

1- نبيل إسماعيل عمرو من معه . المرافعات . المرجع السابق . ص 622.
2- وجدي راغب . المبادئ . المرجع السابق . ص 353.
3- وجدي راغب . المبادئ . المرجع السابق . ص 353.
4- الأنصاري حسن النيداني . المرجع السابق . ص 284.

المطلب الرابع
مقتضيات سقوط الخصومة

إن المقتضيات التي يتطلبها القانون للحكم بسقوط الخصومة هي أن يعتريها سكون فلا تتحرك ، وأن يرجع ذلك إلى إهمال المدعي ، وأن يمر على ركودها مدة سنتين كاملتين بغير انقطاع ، وتبعا لذلك سأقسم هذا المطلب إلى فرعيين ، الأول أتناول فيه شروط سقوط الخصومة ، والثاني أتناول فيه الشروط التي يجب توافرها في الاجراء القاطع للسقوط ، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول
شروط سقوط الخصومة

شروط سقوط الخصومة هي كما يلي:

أولا: شلل يمنع السير في الخصومة:

يجب أن يصيب الخصومة ما يمنعها من السير فيها أمام القضاء سواء كان أمام المحكمة الابتدائية أو أمام جهة الاستئناف ، وموانع السير فيها متعددة[1] ، كان تتوقف كجزاء ، ثم لا يعاد السير فيها بعد زوال السبب الدي أدى إلى توقفها ، بعد انتهاء مدة الوقف ، كأن يقضي بانقطاع الخصومة بسبب وفاة المدعى عليه أو المستأنف عليه ، ولا يسعي المدعي إلى إعادة السير فيها بتكليف الورثه المدعي عليه ، ومرت عليها مدة سنتين كاملتين ، أدى ذلك إلى سقوطها أو كان يقضي بشطبها لان هذا الأخير يؤدي إلى توقفها ،

1- أحمد أبو الوفا ، المرافعات ، ص 255.

ولا يسعي المدعي الى إعادة السير فيها وانقضى عليها مدة سنتين من تاريخ الشطب أدى ذلك إلى لسقوطها.

أما إذا توفي المدعي أو فقد الأهلية أو تغيرت صفته ، فيؤدي ذلك إلى انقطاع الخصومة ، و في هذه الحالة لا تتعرض إلى السقوط حتى لو ركدت مدة سنتين أو أكثر ، مالم يقم المدعى عليه بتبليغ الورثة أو من له الصفة فى مولاه الإجراءات نيابة عمن فقد الأهلية ، ومن تاريخ هذا التبليغ ، يبدأ ميعاد السقوط فى السريان.

ثانيا – يجب أن يكون الركود بسبب إهمال المدعي:

لا يكفي - سقوط الخصومة - أن يمتنع المدعي عن السير في الخصومة ، بعد أن أصابها شلل يجعلها غير قادرة على الحركة ، بل إلى جانب ذلك ، يجب أن يعود الركود إلى إهمال و تقاعس المدعي عن إعادة السير في الخصومة. كعدم تنفيذ الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع ، أو في حالة انقطاعها بسبب وفاة المدعى عليه أو المستأنف عليه أو تغير حالة هذا الأخير الشخصية كفقد الأهلية أو زوال الصفة ، ولا يقوم المدعي أو المستأنف إعادة السير في الخصومة ، فإذا مرت عليها بعد زوال سبب الانقطاع ومن تاريخه مرت مده سنتين ، تعرضت الخصومة إلى السقوط.

ويقع التزام على عاتق المدعي أو المستأنف بمتابعة السير في الخصومة بعد الانقطاع ، ففي حالة الوفاة يجب على المدعي أن يقوم بإعادة السير في الخصومة في مواجهة الخلف العام ، أو في مواجهة من حل محل من فقد أهليته أو تغيرت صفته ، فإن لم يسع إلى ذلك ، فيكون ركود الخصومة ناشئا عن إهماله[1].

1- القرار الصادر بتاريخ 2010/12/23 رقم 619235 عن المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، القسم الثالث ، غير منشور ، وجاء فيه ما يلي " حيث أن الطاعنين يعيبون على القرار المطعون فيه ، بدعوي أن قضاه الموضوع اسسوا قضاءهم على عدم استمرار الخصومة و ركودها مده اكثر من سنتين يعود الى اهمال مورث الطاعنين ، ثم بعد ذلك إلى ورثته ، وهم الطاعنون الحاليون ، فى حين ان مورث الطاعنين قد توفي يوم 2000/10/13 ، اى بعد اقل من اربعة اشهر من صدور القرار القاضي و قبل الفصل فى الموضوع باجراء تحقيق.

وحيث أن قضاة الموضوع ، عندما اعتبروا أن ركود الخصومة يعود الى اهمال مورث الطاعنين الذي و فته المنيه قبل انقضاء سنتين من تاريخ صدور القرار المذكور أعلاه بعد ذلك خرقا لأحكام المادة 220 إجراءات مدنية ، يعرض القرار المطعون فيه للنقض.

أما إذا تبين أن ركود الخصومة ، لا يرجع إلى إهمال المدعي أو من في حكمه بل راجع إلى مانع يقرره القانون كالقوة القاهرة فلا تسقط الخصومة ، وهذا ما نصت عليه المادة 322 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ جاء فيها ما يلي :

" كل الآجال المقررة في هذا القانون من اجل ممارسة حق أو من اجل حق ، يترتب على عدم مراعتها سقوط الحق .... باستثناء حاله القوة القاهرة أو وقوع أحداث.... " وميعاد سقوط الخصومة هو من مواعيد السقوط ، فيسري هذا الميعاد إذا كان راجع إلى إهمال المدعي أو من في حكمه ، أما إذا كان ركود الخصومة لا يرجع الى إهمال المدعي فلا تسقط الخصومة.

أما إذا قام به سبب من أسباب انقطاع الخصومة ، ويرجع هذا السبب إلى المدعي أو المستأنف ، وركدت الخصومة بسبب ذلك ، من غير أن يقوم ورثة المدعي ياعادة السير في الخصومة بعد انقطاعها ، أومن يقوم مقام من فقد أهليته أو تغيرت صفته ، فيفترض أنهم لا يعلمون بقيام الخصومة بين مورثهم وخصمه ، ومن ثمة لا يكون هناك محل للإهمال يفترض فيهم ، وتبعا لذلك لا يمكن نسبة الاهمال إليهم ، ويكون الركود يعود إلى جهلهم بها[1].

غير أنه يمكن للمدعى عليه أن يثبت علمهم بوجود الخصومة المرفوعة من سلفهم ، ويجري تبعا لذلك ميعاد السقوط على الخلف ابتداء من تاريخ علمهم بذلك.

أما إذا حدث سبب الانقطاع بالمدعي عليه بسبب وفاته أو فقد أهليته أو زوال صفته ، فإن مدة سنتين تبدأ مباشرة من تاريخ انقطاع الخصومة ، لأنه يفترض فيه العلم بتلك الواقعة ، حيث يجب عليه متابعة إجراءات الخصومة ، كأن يجب عليه إعادة السير

>>>>

وحيث أن ما يعيبه الطاعنون على القرار المطعون فيه في محله ، وذلك عندما قضى بسقوط الخصومة بالرغم من أن المستأنف قد توفي اقل من اربعة اشهر من تاريخ صدور القرار القاضي و قبل الفصل في الموضوع باجراء تحقيق ، و اعتبروا ان هذا الركود يعود الى اهمال مورث الطاعنين ، ثم بعد ذلك يعود إلى ورثته .

و حيث أنه و لكي يسري ميعاد السقوط في حق الطاعنين ، كان يجب على المطعون عليه أن يثبت اهمال الطاعنين باثبات علمهم بوجود الخصومة . إذ تقوم قرينة -في هذه الحالة- على عدم علم الطاعنين بها ، و يقع عبء الإثبات على عاتق المطعون عليه ، بأن الطاعنين كانوا يعلمون بها و لم يسارعوا في إعادة السير فيها قبل سقوطها . و أن قضاة الموضوع عندما انتهوا الى الحكم بسقوط الخصومة استنادا الى إهمال الطاعنين دون أن يثبتوا ما إذا كانوا يعلمون بوجود الخصومة أم لا ، قد أخطأ في تطبيق المادة 220 د م م ، مما يعرض قضائهم للنقض.

1- محمد نصر الدين كامل ، المرجع السابق ، ص 281.

في الخصومة في مواجهة الخلف العام أو على ممثل فاقد الأهلية أو على من حل محل من تغيرت صفته قبل انقضاء سنتين. ولا يعد جهل المدعي بورثة المدعى عليه مانعا من سقوط الخصومة ، بل يجب عليه أن يسعى بالبحث عنهم ، و إعادة السير في الخصومة ، والا تعرضت إلى السقوط [1]

ثالثا: انقضاء مدة سنتين على ركود الخصومة:

لا يكفي أن يعود الركود الى اهمال المدعي [2] ، بل إلى جانب ذلك يجب أن يستمر هذا الركود مدة سنتين كاملتين ، ويبدأ هذا الميعاد من آخر إجراء صحيح تم في الخصومة[3] ، وهذا ما تنص عليه المادة 223 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها ما يلي:

"تسقط الخصومة بمرور سنتين تحسب من تاريخ صدور الحكم أو صدور أمر القاضي الذي كلف أحد الخصوم القيام بالمساعي " ، و يشير هدا النص إلى أن ميعاد سقوط الخصومة يحسب من تاريخ صدور الحكم ، في حين انه و بعد صدور هذا الحكم قد تتخذ عدة إجراءات تقطع ميعاد السقوط ، فكان الأصح أن ينص المشرع على أن يبدأ ميعاد

---

1 - أحمد أبو الوفا ، المرافعات ، ص 554.

2 - أحمد أبو الوفا ، المرافعات ، ص 559.

3 - انظر القرار الصادر بتاريخ 19 جويلية 2006 رقم 337111 القسم الثالث ، الغرفة المدينة بالمحكمة العليا إذ جاء فيه ما يلي:

"حيث ان الطاعنين ينعان على القرار المطعون فيه بدعوى أنهما تمسكا بسقوط الخصومة إستنادا إلى أحكام المادة 220 من قانون الإجراءات المدنية على أساس أنه صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/01/29 و تم تبليغ هذا القرار إلى المطعون عليهما بتاريخ 1999/04/14 ولم يتم إعادة السير في الدعوى بعد النقض إلا بتاريخ 2001/11/04 و بالتالي تكون الخصومة قد مرت عليها أكثر من سنتين مما يجعلها تقع تحت حكم المادة 220 إجراءات مدنية ، و القضاء خلاف ذلك يعد خرقا لقاعدة جوهرية في الإجراءات يعرض القرار المطعون فيه للنقض.

وحيث أن ما يعيبه الطاعنان على القرار المطعون فيه سديد و في محله ، ذلك أن الخصومة القضائية إذا ركدت مدة سنتين ، وسواء وقع هذا الركود أمام المحكمة الابتدائية أو أمام جهة الاستئناف أو بعد الإحالة من المحكمة العليا ، ولم يعد السير فيها بعد انقضاء عليها سنتين تبدأ من أخر إجراء صحيح وقع فيها ، تعرضت للسقوط.

وحيث أن قضاة الموضوع عندما ذهبوا إلى القول أن سقوط الخصومة يتعلق فقط بالحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع مذهب خاطئ ، ويعد ذلك خرقا لأحكام المادة 220 إجراءات مدنية التي تنص على انه يجوز للمدعي عليه أن يطلب إسقاط الخصومة أو الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع ، مما يعرض قضاءهم للنقض"

السقوط من آخر إجراء ، و إذا صدر الحكم ولم تتخذ أيه إجراءات بعد ذلك ، فان حساب ميعاد السقوط يكون من تاريخ صدور الحكم.

ويخضع حساب ميعاد السنتين وفق الأحكام العامة في حساب المواعيد.

ويجب التفرقة بين انقطاع الميعاد أثناء سير الخصومة بسبب الوفاة أو فقدان الأهلية أو زوال الصفة ، وبين قطع ميعاد سقوط الخصومة ، ذلك أنه و خلال سريان ميعاد السقوط تتخذ أثناءه إجراءات قطعه كإعادة السير في الخصومة بعد توقفها ، و إعلان العريضة إلى الخصم الآخر.

ويتطلب القانون جملة من الشروط التي يجب توافرها في الإجراء الذي يقطع سريان ميعاد السقوط وهى التى اتطرق اليها فيما يلي:

الفرع الثاني
الشروط الواجب توافرها في الإجراء القاطع لميعاد السقوط

لكي ينقطع سريان ميعاد السقوط ، يجب ان يصدر الاجراء من احد الخصوم ،وان يتخذ في مواجهة الخصم الآخر ، وأن يتعلق بالخصومة ويدفعها إلى السير نحو الفصل في موضوعها ، و أن يكون الإجراء صحيحا وتلك هي الشروط التي يجب توافرها في الإجراء الذي يقطع سريان ميعاد السقوط وهي المسائل التي أتطرق إليها كما يلي:

أولا- يجب أن يصدر الإجراء من أحد الخصوم[1]؟

قد يطرأ عارض – كما رأينا – يشل حركة الخصومة القضائية ، حيث يجعلها تركن إلى السكون ،و عدم الحركة ، وسواء وقع هذا الركود أمام محكمة أول درجة أو أمام جهة الاستئناف ، فتتعرض الخصومة الى السقوط إذا انقضت عليها مدة سنتين كاملتين ، مالم يحدث طارئ يؤدي إلى قطع سريان ميعاد السقوط ، ويجب أن يحدث هذا الطارئ خلال الميعاد أما إذا وقع بعد انقضاء ميعاد السقوط ، فلا يؤدي إلى قطع الميعاد.

ويتمثل هذا الطارئ فيما يقوم به المدعي أو المدعى عليه أو المستأنف أوالمستأنف عليه ، من إجراءات إعادة السير في الخصومة ، بعد وقفها لأي سبب من أسباب الوقف.

ويجب على المدعي أو من في حكمه كالمستأنف ، أن يقوم بالإجراء ، قبل انقضاء الميعاد. أما إذا قام به المدعى عليه ، بعد انقضاء ميعاد السنتين ، وقصد به إعادة السير في الخصومة ، فيعد ذلك تنازلا منه عن حقه في التمسك بسقوط الخصومة وإذا أعاد المدعى عليه السير في الدعوى ، قبل انقضاء ميعاد السنتين ، فيعد إجراء صادرا من المدعى عليه بقطع ميعاد السقوط.

1-احمد أبو الوفا ، المرافعات ، ص 557.

- انظر القرار الصادر بتاريخ 2007/05/19 رقم 381433 عن المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، القسم الثالث ، غير منشور ، إذ جاء فيه ما يلي:

" حيث انه و بالرجوع الى القرار المطعون فيه إذا جاء فيه ما يلي: حيث انه و بالرجوع الى الملف نجد ان المرجعه لم تسبب فى عدم تنفيذ الحكم التمهيدي ، و هذا بإشهاد من الخبير أي أن سبب التأخير خارج عن نطاقها وعليه فإن محكمة الدرجة الاولي اصابت "

وحيث أن ما انتهي اليه قضاة الموضوع يعد خرقا لاحكام الماده 220 من قانون الإجراءات المدنية التي تقضي على انه يجوز للمدعي عليه ان يطلب اسقاط الخصومة أو الحكم الصادر قبل الفصل فى الموضوع إذا تسبب المدعي فى عدم الاستمرار فيها أو عدم تنفيذ الحكم الصادر قبل الفصل فى الموضوع وذلك طيلة مده سنتين.

ويحسب ميعاد سنتين ابتدأ من تاريخ الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع إذا كان هو آخر إجراء تم في الخصومة.

وحيث ان تسليم نسخه من الحكم الصادر قبل الفصل فى الموضوع ، الى الخبير لا يعد اجراء يقطع السقوط و لا الاشهاد الذى سلمه الخبير الى الخصم.

وحيث أنه كان يجب على قضاه الموضوع ان يبنوا و بأسباب كافية أنه ابتداء من تاريخ صدور الحكم ، قبل الفصل فى الموضوع بتاريخ 1995/07/01 إلى تاريخ إعادة السير فى الدعوي بعد الخبره يوم 1998/08/04 ، وما إذاقام المدعي بإجراء يقطع به ميعاد السقوط أم لا إذ تبين لهم خلال كل ذلك أن الخصومة انقضت عليها اكثر من سنتين و بالتالي تكون سقطت ما لم يتخلل هذا الميعاد إجراء قاطعا للسقوط.

وحيث أن قضاة الموضوع لم يبنوا بأسباب كافية ما هو هذا الإجراء الذي يكون قد قطع السقوط ، مما يعد ذلك قصورا في الأسباب يعرض القرار المطعون فيه للنقض "

وتبعا لذلك . لا تعد من الإجراءات التي تقطع ميعاد السقوط تسليم نسخة من الحكم من أحد الخصوم إلى الخبير للشروع في عمله ، الذي كلفته به المحكمة ، أو إيداع تقرير الخبرة لدى امانه المحكمة من قبل الخبير ، أو إرسال نسخة منه إلى الخصوم ، أو مطالبة الخبير بأتعابه ، أو طلب نسخة من تقرير الخبرة من أحد الخصوم ، أو سحب ملف القضية من قبل أحد الخصوم استعدادا لإعادة السير في الخصومة ، كل هذه الأعمال لا تعد من الإجراءات التي تقطع ميعاد السقوط, لأنها اعمال لم تصدر في مواجهة الطرف الآخر, وأن الإجراء الذي يقطع ميعاد السقوط, هو اجراء اعادة السير في الدعوى, في حالة توقفها لاي سبب من اسباب التوقف.

ثانيا - يجب أن يتخذ الإجراء في مواجهة الخصم الأخر:

يجب أن يتخذ الإجراء في مواجهة الخصم الآخر . و يجب أن يكون الإجراء المتخذ من أحد الخصوم موجها للآخر . فلا يكفي أن يصدر الإجراء من أحدهما . دون أن يعلن الى الطرف الآخر. وتبعا لذلك فإن كل إجراء يتخذه أحد الخصوم ، كالمدعى عليه أو المتدخل في مواجهة المدعي يقطع مدة السقوط.

ومن ثمة فإن الإجراء الذي يتخذه المدعي في مواجهة المدعى عليه لا يقطع مدة السقوط في مواجهة المدعى عليه الآخر الذي لم يوجه إليه هذا الإجراء. والطلب الذي يقدمه أحد الخصوم إلى أمين الضبط من أجل استرداد ملف القضية تمهيدا لإعادة السير والفصل فيها ، لا يعد إجراء قاطعا لميعاد السقوط أو تسليم نسخة من الحكم الى الخبير من أجل تنفيذ المهمة المسندة اليه لا يعد إجراء قاطعا لميعاد السقوط, أو استدعاء الخبير لاحد الخصوم لتنفيذ المهمة المسندة اليه لا يقطع ميعاد السقوط, لانه لم يصدر من الخصم.

ولا يكفي إعادة السير في الخصومة ، تسجيل عريضة إعادة السير في أمانة ضبط المحكمة ، بل يجب أن تعلن إلى الطرف الآخر.

ولذلك إذا تم إعادة السير في الخصومة بعد توقفها لأي سبب من أسباب الوقف دون أن تعلن إلى الطرف الآخر أو أعلنت بعد انقضاء ميعاد السقوط ، فإن هذا الإجراء لا يقطع ميعاد السقوط [1].

ثالثا- يجب أن يتعلق الإجراء بالخصومة:

لا يكفي – لقطع مدة السقوط – أن يكون الإجراء الذي اتخذه أحد الخصوم موجها للآخر ، كأن يوجه أحدهما للآخر رسالة يخبره فيها ، وفي حالة عدم الاتفاق على مسائل معينة فإنه سيعيد السير فى الخصومة ، فلا يعد هذا العمل متعلقا بالخصومة [2].

بل يجب أن يكون ذلك الإجراء متعلقا بالخصومة ، وليس من الإجراءات التي تتخذ خارج عن نطاقها.

ومن ثمة لا تعد من إجراءات قطع مدة السقوط الرسالة التي يبعث بها أحد الخصوم للآخر أو إجراءات الصلح ، أو رفع الدعوى المستعجلة الرامية إلى وضع العقار المتنازع عليه تحت الحراسة القضائية ، فلا يعد ذلك من قبيل الإجراء الذي يقطع ميعاد السقوط بالنسبة للخصومة المتعلقة بأصل ملكية هذا العقار.

رابعا – يجب أن يدفع الإجراء الخصومة نحو غايتها:

يجب أن يكون الإجراء هو متابعة السير في الخصومة نحو الفصل فى موضوعها ، و هذا ما تنص عليه الماده 2/223 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: " تتمثل المساعي في كل الإجراءات التي تتخذ بهدف مواصلة القضية وتقدمها ".

1- أحمد أبوالوفا ، المرافعات ، المرجع السابق ، ص 558.
- محمد نصر الدين كامل ، المرجع السابق ، ص 303.
2- أحمد أبوالوفا ، المرافعات ، المرجع السابق ، ص 558.

وتشير هذه الفقرة إلى أن الأجراء هو الذي يدفع الخصومة نحو الفصل في موضوعها، لأن كل إجراء يتخذ فيها و يدفعها نحو الأمام للوصول إلى الغاية التي تسعى إليها وهو الفصل في موضوعها ، يعد إجراء قاطعا للسقوط.

ومن ثمة فلا تقطع الدعوى المستعجلة التي ترفع أمام قاضي الأمور المستعجلة بطلب تعيين حارس قضائي مدة سقوط الخصومة المرفوعة في الموضوع على ملكية العقار المتنازع عليه بين نفس الخصوم ، لأن الدعوى المستعجلة لا تهدف إلى المضي و السير فيها نحو الفصل في موضوع الدعوى الأصلية.

وعلى ذلك فإن إجراءات الدعوى المستعجلة لا تقطع مدة السقوط بالنسبة للدعوى المرفوعة في الموضوع ، حتى و لو كانت الدعوى الأولى تتعلق بنفس الحق المتنازع عليه في الموضوع.

خامسا- يجب أن يكون الإجراء صحيحا:

إذا توافرت جميع الشروط السابقة في الإجراء القاطع لمدة السقوط ومع ذلك لا يقطع مدة السقوط ، إلا إذا كان صحيحا[1] ، أو أصبح صحيحا بعدم التمسك ببطلانه في الوقت المناسب.

والإجراء الباطل لا ينتج أثره في قطع مدة السقوط ، بالرغم من أنه موجه من أحد الخصوم إلى الآخر ومتعلق بذات الخصومة ويقصد منه المضي أو السير بها نحو غايتها.

ويترتب على سقوط الخصومة آثار قانونية ، وهي المسألة التي اتناولها فيما يلي:

1- أحمد أبوالوفا ، المرافعات ، ص 557.
- محمد نصر الدين كامل ، المرجع السابق ، ص 305.

المطلب الخامس
آثار سقوط الخصومة

متى توافرت مقتضيات سقوط الخصومة ، بمرور سنتين كاملتين من تاريخ آخر إجراء صحيح تم فيها ، و هي راكدة لا تتحرك بإهمال وتقصير من المدعي ، تترتب عليه مجموعة من الآثار القانونية, و من ثمه ساتطرق في هذا المطب (أولا) إلى زوال جميع الآثار القانونية المترتبة عن المطالبة القضائية عند الحكم بسقوط الخصومة و (ثانيا) في كيفية تقرير جزاء السقوط و ذلك على النحو التالي:

أولا- سقوط الخصومة يترتب عليه بطلان إجراءاتها:

يترتب على سقوط الخصومة بطلان إجراءاتها ، بما فيها عريضة افتتاح الخصومة وزوال جميع الآثار القانونية المترتبه على رفعها فيعتبرالتقادم لم ينقطع ، و الفوائد لم تجر و المدين لم يعذر[1] ، وغيرها من الآثار القانونية التي تنشأ عن المطالبة القضائية[2].

ويترتب أيضا على سقوط الخصومة ، بطلان جميع الأعمال التي اتخذت فيها ، كإجراءات التحقيق و أعمال الخبراء الذين ندبوا فيها و الإقرارات التي أدلى بها أحد الخصوم ، والأيمان التي حلفوها ،و هدا ما تقضى به الماده 226 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية حيث جاء فيها ما يلي :

« لا يؤدي سقوط الخصومة الى انقضاء الدعوي ، انما يترتب عليه انقضاء الخصومة ، وعدم الاحتجاج باى اجراء من اجراءات الخصومة المنقضية او التمسك به ».

ويرجع ذلك إلى القاعدة العامة التي تقرر أن كل عمل يستند إلى عمل باطل ، فهو باطل[1]. ويختصر كل ذلك في القاعدة الاصولية التي تقرر أن كل ما بني على باطل فهو باطل.

1. نبيل اسماعيل عمر و من معه ، المرفقات ، المرجع السابق ، ص 623.
2. احمد ابو الوفا ، المرافعات ، المرجع السابق ، ص611.

ولا ينجو من تلك الأعمال . إلا الأحكام القطعية[2] أما غيرها كالأحكام التمهيدية اوالتحضيرية . فهي تخضع لأثر البطلان.

وتحديد الأعمال الإجرائية التي تزول بالسقوط . يقتضي الأمر التمييز بين الاحكام القطعية و الاحكام غير القطعية .

والأحكام القطعية هي تلك الأحكام التي تفصل في النزاع فى جملته او فى جزء منه[3]. والأحكام القطعية التى تفصل فى جزء من النزاع . كتلك التى تفصل فى المسألة الاولية أو في مسألة تتعلق بالاختصاص . أو تصدر بجواز أو عدم جواز الإثبات بالبينة . والحكم بمسؤولية الخصم في حادث المرور . فالحكم بمسؤولية الخصم فى حادث مرور هو حكم قطعي أما الحكم بتعيين خبير . فهو حكم تحضيري صادر قبل الفصل في الموضوع. فالاول ينجو من السقوط أما الثاني يخضع لاثر السقوط فيزول بزوال الحصومة.

والحكم القطعي الصادر في الدعوى . لا يتعرض للسقوط . وبالتالي يحفظ عريضة افتتاح الخصومة من الزوال و ما يترتب عليها من الآثار القانونية [4].

ومن خلال ما تقدم . يمكن القول أن الحكم القطعي هو الذي يضع حدا للنزاع في جملته أو في مسألة متفرعة عنه . حيث لا يجوز للجهة القضائية التي أصدرته أن تتراجع عنه .أما الاحكام غير القطعية, هى تلك الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع التي لا تنهي الخصومة, وهى التي تزول بزوال الخصومة.

غير أن السؤال يبقى مطروحا . فكيف يتقرر جزاء السقوط ؟

وهي المسألة التي اتطرق اليها كما يلي:

1- احمد أبوالوفا . المرافعات . المرجع السابق . ص 611.

2- نبيل اسماعيل عمر و من معه . المرفقات . المرجع السابق . ص 623 .

3. احمد أبوالوفا . المرافعات . المرجع السابق . ص 612.

4. نبيل اسماعيل عمر و من معه . المرفقات . المرجع السابق . ص 624 .

ثانيا - كيفية تقرير سقوط الخصومة

تسقط الخصومة بقوة القانون ، وذلك بمجرد توافر مقتضياته ، والحكم الصادر بالسقوط هو حكم تقريري ، ومن ثمه فان اثار السقوط ترجع الى تاريخ تحقق مقتضياته ، فاذا وقع العمل بعد هذا التاريخ وقع باطلا ، و تعود العلاقة بين الخصوم الى ما كانت عليه قبل رفع الدعوى ، ومن ثمه تبقي الاعمال التى تمت قبل رفع الدعوي صحيحة كالاعذار والتنبية بالاخلاء الذى يوجهه احد الخصوم للآخر .

ويحق للمدعي عليه ان يتمسك بسقوط الخصومة بوسيلة الدعوي او الدفع و هدا ما تقتضي به الماده 2/222 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية . حيث جاء فيها ما يلي : "يجوز للخصوم تقديم طلب السقوط اما عن طريق الدعوي او عن طريق الدفع ......"، وهو نفس الحكم المنصوص عليه بالمادة 221 من قانون الاجراءات المدنية القديم . حيث تنص على ان يرفع طلب سقوط الخصومة ، طبقا للقواعد المقرره لرفع الدعوي . كما يمكن تقديمه فى صوره دفع ، اذا جدد المدعي دعواه .

وهذا النص الأخير يعتبر تطورا تشريعيا ينسجم مع ما كان ينادي به الفقه في فرنسا ، ذلك ان القانون الفرنسي القديم يقضي بعدم جواز طلب سقوط الخصومة إلا عن طريق الدعوى التي يجب أن ترفع قبل أن يعيد المدعي السير في الدعوي فإذا أعاد السير فيها و لو بعد انقضاء مدة السقوط امتنع على المدعى عليه طلب إسقاط الخصومة و ذلك طبقا لما تقضي به المادة 339 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم غير أن القانون الفرنسي الجديد الصادر سنة 1975استحدث حكما جديدا فقد نص في المادة 387 /2 على أن يقع سقوط الخصومة بقوة القانون وأصبح من حق المدعى عليه أن يطلب سقوط الخصومة عن طريق رفع الدعوي امام الجهة القضائية المختصة او عن طريق الدفع ، إذا ما أعاد المدعي السير في الدعوى بعد انقضاء الأجل السقوط .

وما استحدثه المشروع الفرنسي في المادة 387 يتطابق ما جاء به قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966قبل تعديله .

غير أن المشروع الجزائري قد أدخل تعديلا على المادة 221 من قانون الإجراءات المدنية بموجب الأمر رقم 71- 80 المؤرخ في: 1971/12/29 و أصبحت المادة المشار إليه أعلاه تتكون من فقرتين . نجد الفقرة الأولى منها تنص على مايلي :

" لا تسقط الخصومة بحكم القانون و يزول السقوط بفعل الإجراءات التي يقوم بها أحد الأطراف قبل طلب السقوط".

وهذه الفقرة تتطابق مع نص المادة 339 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم التي لا تجيز التمسك بسقوط الخصومة إلا عن طريق الدعوى المتبدأة و قبل أن يعاد السير في الخصومة.

بينما نجد الفقرة الثانية من المادة 221 من نفس القانون تنص على مايلي:

" ويرفع طلب سقوط الخصومة طبقا للقواعد المقررة لرفع الدعاوى . كما يمكن تقديمه على شكل دفع ".

وهذه الفقرة تتطابق مع ما استحدثه المشروع الفرنسي في الماده 2/387 من قانون الإجراءات المدنية الصادر سنة 1975.

وما يلاحظ على المشروع الجزائري .فى القانون القديم .أنه جمع بين نظامي سقوط الخصومة المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم والجديد . والجمع بين نظامين مختلفين يعني الجمع بين متناقضين أحدهما لا يسمح بالتمسك بسقوط الخصومة إلا عن طريق الدعوى المبتدأة ولا تسقط الخصومة فى هذا النظام الا بالحكم القضائي و هو حكم منشئ و يزول السقوط فى حالة ما اذا بادر المدعي إلى رفع الدعوي ، حتى و لو بعد انقضاء اجل السقوط ، اما النظام لآخر فيسمح بالتمسك بسقوط الخصومة بواسطة دعوى او الدفع فى حالة ما اذا قام المدعي بإعادة السير في الدعوى و تسقط في هذا النظام الدعوى بحكم القانون ، و الحكم الصادر بسقوط الخصومة هو حكم مقرر ، و هو نفس النظام الدى تبناه المشرع الجزائري فى المجموعة الجديدة . و هو النظام المنصوص عليه بالماده 222 و اصبح الحق فى التمسك بسقوط الخصومة يتم عن طريق الدعوى او الدفع . و يقع سقوط الخصومة بقوة القانون.

وبعد أن انتهينا من دراسة سقوط الخصومة ، انتقل إلى دراسة موضوع التنازل عن الخصومة . وهي المسألة التي نتناولها فيما يلي:

المبحث الثالث
التنازل عن الخصومة

تقديم وتقسيم

قد يقع الخلط بين التنازل عن الدعوى والتنازل عن الخصومة و الحق الموضوعي ومن ثمة يطرح التساؤل حول كيفية التمييز بين هذه المفاهيم ؟

وغني عن البيان ، فإن الحق الموضوعي ، يعرف على أنه مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون [1] ، وهو ينقسم إلى حق عيني وحق شخصي ، في حين أن الدعوى ليست إلا حقا إراديا ينشأ جراء الاعتداء على الحق أو المركز القانوني ، يخول لصاحبه المطالبة بالحماية القضائية.

والدعوى هي حق لكنها تستعمل وفق أداة فنية تسمى بالطلب القضائي ، وعندما تستعمل طبقا للأداة التي يحددها القانون ، ينشأ عن هذه الممارسة مركز إجرائي جديد ، يختلف عن المركز الموضوعي محل الحماية القضائية ، ويسمى هذا المركز الجديد بالخصومة القضائية ، وهي عبارة عن مجموعة من الأعمال الإجرائية التي تبدأ بأول عمل وهو إيداع الطلب القضائي لدى امانه ضبط المحكمة ، وتنتهي بصدور حكم في موضوعها.

والخصومة تنشأ بين مجموعة من الأشخاص ، وكل شخص - في إطارها - يقوم بنشاط معين ، ويجب أن يتم هذا النشاط وفق أشكال محددة في القانون.

إن التنازل عن مجموعة الأنشطة التي انجزت اى التنازل عن الخصومة لا يعد التنازل عن الدعوي ، بل تبقي هده الاخيرة قائمة يحق لمن له الحق ان يعيد رفعها من جديد ، أما إذا تنازل عن الدعوى ، فيصبح الحق الموضوعي مجردا من اداه الحماية القضائية فلا يستطيع الشخص ان يعيد رفعها من جديد .

1_ عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج 1 ، ص 5.
ـ توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، ط 6 ، ص 439.

ومن ثمة لا يمكن إعادة المطالبة بالحق الموضوعي الذي تم التنازل عنه ، أو إعادة رفع الدعوى من جديد للمطالبة بنفس الحق الموضوعي السابق .

إذن يتناول مفهوم ترك الخصومة التنازل عن مجموعة الإجراءات التي تمت فيها وزوال جميع الآثار القانونية الناشئة عن قيامها[1].

ويثور التساؤل عن شروط ممارسة الحق في ترك أو تنازل عن الخصومة ، ثم ما هي الآثار القانونية المترتبة عن هذا التنازل ؟

وتبعا لذلك ، سأقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: شروط قبول التنازل عن الخصومة.
المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن التنازل عن الخصومة.

وإلى تفصيل هذه المسائل فيما يلي:

المطلب الأول
شروط قبول التنازل عن الخصومة

تقديم

إن النظام القضائي الجزائري ، كغيره من النظم القضائية الحديثة ، يقوم على مبدأ التقاضي على درجتين ، ويتربع على رأس هذا النظام محكمة تختلف تسميتها من نظام لآخر ، تسمى في النظام القضائي الجزائري بالمحكمة العليا ، تكون مهمتها السهر على احترام وتطبيق القانون وتوحيد الاجتهاد القضائي.

وتبعا لذلك ، يثور التساؤل حول ما إذا كان يجوز التنازل عن الخصومة ، و هل يكون ذلك مقبولا أمام كل جهه قضائية ؟

1_ محمد نصر الدين كامل ، عوارض الخصومة ، المرجع السابق ، ص 5.

ومن ثمة يتعين أن أتناول شروط قبول التنازل عن الخصومة أمام كل جهة قضائية على حدةحسب الفروع التالية:

الفرع الأول
التنازل عن الخصومة أمام محكمة أول درجة

سأتطرق في هذا الفرع الى حق المدعي في التنازل عن الخصومة ، ثم تبيان ما إن كان يتوقف هذا الحق على قبول المدعى عليه من عدمها . و أخيرا التطرق إلى مدى قابلية التنازل عن الخصومة إلى التجزئة و هي المسائل التي أتطرق إليها كما يلي :

1 - التنازل عن الخصومة حق للمدعي

يقع الترك أو التنازل من المدعي[1] ، وهو يهدف عادة من وراء ذلك الى تصحيح مسار الخصومة ، كما اذا تبين له ان رفعها الى محكمة غير مختصة او رفعها بعريضة بها عيب من عيوب البطلان, أو رفعها للمطالبه بالدين ، ثم تبين له انه لم يحل اجله .

وعندما يتنازل المدعي عن الخصومة ، إنما يتنازل عن مجموعة الإجراءات التي باشرها منذ انطلاقها الاولى الى غاية اخر اجراء تم فيها.

ويجب أن يبين في الحكم القاضي بترك او التنازل[2] عن الخصومة أن المدعي تنازل عن الخصومة وليس عن الدعوى ، لأنه كثيرا ما يحكم بالتنازل عن الدعوى ، والمقصود في الحقيقة التنازل عن الخصومة.

1- نبيل إسماعيل عمر ومن معه ، المرافعات ، المرجع السابق ، ص 633.

2- أن القانون القديم, ينص على ترك الخصومة, في حين أن القانون الجديد ينص على التنازل عن الخصومة. وكان على المشرع أن يحتفظ بالمصطلح القديم الذي استقر في الممارسة العملية و في أذهان الناس, مادام أن الأمر يتعلق بالمصطلح الذي لا يثير أي التباس أو غموض, و هذا ما تفعله الشعوب التي تعمل على المحافظة على تراثها القديم, و لا تلجأ الى التغير, الا إذا كان يحمل جديدا.

وقد يزداد الأمر تعقيدا ، عندما يقع الخلط من المشرع نفسه ، فقد كان يشير في المادة 220 من قانون الاجراءات المدنية القديم إلى سقوط الدعوى وهو يقصد به سقوط الخصومة.

وقد جاء التعبير عن هذا المفهوم صحيحا في صياغته باللغة الفرنسية: « De la peremption d'instance » أي سقوط الخصومة ، وليس سقوط الدعوى كما جاء في النص العربي

و ما زال الخلط مستمرا فقد اشار المشرع في المادة 15 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الى انه يجب ان تتضمن عريضة افتتاح الدعوي و هو يقصد به افتتاح الخصومة.

وإذا وقع اختلاف حول ماإذا تنازل المدعي عن الخصومة أو الدعوى ، فيجب أن يفسر في هذه الحالة الشك لصالح المدعي ، لأن الأصل ألا يتنازل الشخص عن حقه ، والتنازل عن الحق لا يفترض ، فيجب أن يكون التنازل عنه واضحا لا لبس فيه[1].

والحق في التنازل عن الخصومةهو من الحقوق الارادية يخضع لمجرد تعبير المدعي عن ارادته وفق الشكل القانوني فيترتب عن هذا التعبير الأثر القانوني ، و هو انقضاء الخصومة ، ولا يتوقف التنازل عن الخصومة – كأصل عام – على قبول المدعى عليه.

والأثر الذي يترتب على تنازل عن الخصومة ، هو من الحقوق الارادية يخضع لمجرد تعبير المدعي عن ارادته في ترك الخصومة ، بموجب طلب مكتوب وموقع منه أو بحضوره أمام المحكمة يتولى امين الضبط تحرير محضر بتصريح المدعي بالتنازل عن الخصومة[2].

وهذا ما تنص عليه المادة 2/231 من قانون الاجراءات المدنية و الادارإية جاء فيما يلي :" يتم التعبير عن التنازل ، اما كتابة و اما بالتصريح يثبت بمحضر يحرره رئيس امناء الضبط .

والا يجوز ان يقترن التنازل بالتحفظات أو القيود ، بل يجب أن يكون خاليا من أية شروط ترمي إلى احتفاظ المدعي ببعض آثار الخصومة التى تم التنازل عنها ، كان يتمسك

---

1 - محمد نصر الدين كامل ، المرجع السابق ، ص 357.

2 - محمد نصر الدين كامل ، المرجع السابق ، ص 362.

باعتبار الخصومة التي تم التنازل عنها قاطعة لمدة التقادم ، او تعد المطالبه القضائية بمثابة اعذار .

وتظل الخصومة قائمة طالما لم يتم التنازل عنها ويحدث ذلك ، كما إذا رفعت الدعوى ، أمام المحكمة ، وتم شطبها أو ركدت لأي سب من أسباب الركود.

وقد يطرح سؤال حول ماإذا قام المدعي برفع الدعوى من جديد ، فهل يعد ذلك تنازلا عن الخصومة التي لا تزال راكدة ؟

مما لا شك فيه أنه إذا ما بادر المدعي إلى رفع الدعوى من جديد ، يعد ذلك تنازلا عن الخصومة السابقة التي لا تزال راكدة ، ولكن هذا التنازل لا يحدث اثره ، إلابقبول من المدعى عليه ، إذا كان هذا الترك مما يتوقف عليه موافقه هذا الأخير.

والسؤال يبقى مطروحا حول متى يتوقف ترك الخصومة على قبول المدعى عليه ، وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

2 - قبول المدعي عليه التنازل عن الخصومة:

إذاكان من حق المدعي ان يتنازل عن الخصومة ، التي انشأها لاول مرة ، غير ان السؤال سيبقي مطروحا حول ما اذا اعترض المدعي عليه على هذا التنازل ، و هل يملك حق الاعتراض ؟ ..

ان الاجابة عن هذه الاسئلة تقودنا الى القول ان الحق في الدعوي هو من الحقوق الارادية ، حيث يملك صاحبه ان التنازل عنه دون ان يتوقف ذلك على قبول احد .

لكن بمجرد استعمال الحق فى الدعوي عن طريق الطلب القضائي .كما رأينا .ينشأ عن ذلك مركز اجرائي مستقل عن المركز القانوني محل الحماية القضائية ، فكما يملك صاحب الحق الموضوعي أن يتنازل عن حقه فله أيضا الحق في التنازل عن مركزه الاجرائي إى الخصومة .

و في هذا الصدد يجب التمييز بين التنازل عن المركز الموضوعي ، فيحدث الاثر القانوني و هو انقضاء هذا المركز بمجرد التعبير صاحبه عن ارادته في ذلك .

وبين التنازل عن المركز الاجرائي فيخضع التنازل عنه لمحض إرادة صاحبه دون أن يتوقف ذلك – كقاعدة عامة – على قبول المدعى عليه . غير أنه يرد – استثناء – على هذه القاعدة ، بحيث لا يستطيع المدعي أن يتنازل عنه إلا بموافقة المدعى عليه ، وذلك إذا أصبحت لهذا الأخير مصلحة في استمرارالخصومة ، والحكم في موضوعها . ولن تكون له مصلحة ، إلا إذا ابدى دفوعا موضوعية أودفوعا بعدم القبول او قدم طلبا مقابلا او استئنافا فرعيا و هذا ما تنص عليه المادة 232 من قانون الاجراءات المدنية و الادارارية حيث جاء فيها ما يلي:

" ويكون تنازل المدعي معلقا على قبول المدعي عليه ، اذا قدم هذا الاخير عند التنازل طلبآ مقابلا او استئنافا فرعيا او دفوعا بعدم القبول او دفوعا موضوعية ".

و بالتالي لا يقبل التنازل عن الخصومة .اذا تمسك المدعي عليه بالدفوع الموضوعية او الطلبات العارضة او الاستئناف الفرعي او الدفوع بعدم القبول .الا بموافقة هذا الاخير ، لانه تصبح لديه مصلحة في الفصل في هذا النزاع من حيث الموضوع فاذا اعترض المدعي عليه على طلب التنازل ، فيجب النظر فى هذا الاعتراض ، فاذا كان ينطوي على مصلحة ام لا ، و هذا ما تؤكد عليه المادة 233 من نفس القانون ، حيث جاء فيها ما يلي :

" يجب ان يؤسس رفض التنازل من طرف المدعي عليه على اسباب مشروعة " ، وهذا ما يعبر عنه من انه يجب ان تكون للمدعى عليه مصلحة قانونية تبرر هذا الرفض[1] ، و لن تكون له مصلحة إذا ما تمسك بالدفوع الشكلية[2] كتمسكه ببطلان عريضة افتتاح الخصومة أو ببطلان التكليف بالحضور ، أو عدم الاختصاص ، فإن التنازل عن الخصومة في هذه الحالات وغيرها لا يتوقف على قبول المدعى عليه ، لأن مصلحتة أصبحت تلتقي مع مصلحة المدعي[3] ، تلك المصلحة المشتركة التي تهدف إلى التخلص من الخصومة دون الحكم في موضوعها[4] . فإذا اعترض المدعى عليه على التنازل عن الخصومة ، فيكون اعتراضه خال من كل مصلحة ويدخل تحت باب التعسف في استعمال الحق

1. احمد ابو الوفا ، الدفوع ، المرجع السابق ، ص 694.
2. - محمد نصر الدين كامل ، المرجع السابق ، ص 370 ، 369.
3 - الأنصاري حسن النيداني ، المرجع السابق ، ص 287.
4. الأنصاري حسن النيداني ، المرجع السابق ، ص 288.

ويجب أن يتوافر شرط المصلحة – ليس فقط في الدعوى – بل يجب أن يتوافر في كل طلب أو دفع أو أي إجراء آخر بمعنى انه يجب أن تكون لكل خصم فائدة تعود عليه من النشاط الذي يقوم به في اطار الخصومة أمام القضاء . أما إذا كان لا يعود عليه هذا النشاط بأية منفعة او فائدة سواء كانت مادية أوأدبية فلا يقبل . خاصة إذا كان هذا النشاط يعود على الخصم الآخر بضرر.

ومن ثمه إذا سبق للمدعى عليه أن أبدى دفوعا شكلية أو إذا كان ترك الخصومة سيؤدي إلى سقوط الدعوى . فلا يلتفت إلى اعتراضه على ترك الخصومة.

ويثور التساؤل حول التنازل عن الخصومة ف حاله تعدد الخصوم فأراد البعض منهم أن يتنازل عنها في حين البعض الآخر يرفض .و لا يقبل التنازل عن الخصومة فما هو الحل؟ وهى المسألة التى اتطرق اليها فيما يلي:

3 - مدى قابلية التنازل عن الخصومة للتجزئة

وإذا تعدد الخصوم - سواء وقع التعدد في الجانب الايجابي أوالسلبي – وأراد أحدهم أن يتنازل عن الخصومة ، بينما البعص الآخر يرفض ذلك ، فهل يجوز في هذه الحالة أن يقبل من الخصم التنازل وتستمر مع الباقي الذي يرفض التنازل ؟.

إن الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي التمييز بين ما إذا كان موضوع الدعوى قابلا للتجزئة ، فإن التنازل عنها من أحد المدعيين دون الباقي يكون مقبولا من غير أن يمتد إلى الباقي وتستمر مع من لم يتنازل عنها[1],أو من لم يقبل التنازل عنها.

أما إذا كان موضوع الخصومة غير قابل للتجزئة ، فلا يقبل التنازل عن الخصومة إلا إذا صدر من جميع المدعين[2] . وقبله جميع المدعى عليهم ، إذا كان يتوقف التنازل على قبولهم.

1 - أحمد أبو الوفا ، الدفوع ، نفس المرجع ، ص 694.

2 - محمد نصر الدين كامل ، المرجع السابق ، ص287.

والتنازل قد يكون عن الخصومة ، وقد يكون عن حق الاستئناف ، بمعنى أن التنازل عن حق الاستئناف ، يعد ذلك قبولابالحكم . والقبول بالحكم يمنع الطعن فيه بالاستئناف ولكن التنازل على الاستئناف هو بدوره يخضع للأحكام التي تطبق على التنازل عن الخصومة ، يرجع فيه إلى موضوع الدعوى ما إذا كان قابلا للتجزئة أم لا.

فإذا كان قابلا للتجزئة فيجوز أن يقبل التنازل عن حق الاستئناف من البعض ويحق لمن لم يتنازل عن حقه في الاستئناف ان يطعن فيه بهذه الطريقة ، أما إذا كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة فلا يقبل التنازل عن الطعن بالاستئناف إلا إذا صدر من جميع المدعين ، فإذا سبق لبعضهم أن تنازل والبعض الآخر لم يتنازل وقام باستئناف هذا الحكم فلا اثر للتنازل لمن سبق له أن تنازل. فيحق له أن يستأنف مع من له الحق في الاستئناف مادام موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة.

وهذا ما تقضي به المادة 236 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها مايلي ." يعتبر التنازل عن المعارضة أو الاستئناف قبولا بالحكم. لاينتج التنازل أثره ، إذا عارض أو استأنف أحد الخصوم الحكم لاحقا ".

يوجد بين الفقرة الأولى والثانية تناقض ، كما يبدو لأول وهله حيث تقرر الفقرة الأولى أن التنازل عن المعارضة أو الاستئناف يعد قبولا بالحكم. في حين الفقرة الثانية تناقضها، إذ تقرر أن الاستئناف لا ينتج أثره إذا عارض أو استأنف أحد الخصوم الحكم لاحقا.

أن المشرع لم يفرق بين التنازل عن حق المعارضة والتنازل عن الاستئناف فالتنازل عن المعارضة لا يعد ذلك قبولا بالحكم، لأن التنازل عنها لا يمنع المحكوم عليه غيابيا أن يطعن في الحكم بالاستئناف ، وهذا ما تقضي به المادة 336 من نفس القانون ، حيث جاء فيها مايلي ، " لا يسري أجل الاستئناف في الأحكام الغيابية إلا إبتداء من انقضاء آجل المعارضة ".

أي أن ميعاد الاستئناف لا يسري في الاحكام الغيابية,الا ابتداء من تاريخ انقضاء أجل المعارضة حيث يحق للمحكوم عليه غيابيا أن يتنازل عن حقه في المعارضة, و التنازل قد يكون صراحة ، كان يصرح المحكوم عليه أنه يتنازل عن حقه في المعارضة, وقد يكون التنازل ضمنا, كان يلجأ المحكوم عليه إلى الطعن مباشرة في الحكم الغيابي, رغم أجل المعارضة لم ينقض بعد, أو يلجأ إلى رفع الاستئناف بعد انقضاء أجل المعارضة.

وإذا كان الأصل الذي يقضي على أنه إذا تنازل الشخص عن حقه في الدعوى ، يؤدي ذلك إلى سقوط حقه، ويمنعه من رفع الدعوى من جديد ، والدعوى تحيا في صورة أحد طرق الطعن ، فتظهر أمام المحكمة في صورة الطعن بالمعارضة وأمام المجلس تظهر في صورة الطعن بالاستئناف ، وأمام المحكمة العليا في صورة الطعن بالنقض.

والتنازل على أحد طرق الطعن يعني التنازل عن الحق في الدعوى ، غير أن المشرع استثنى التنازل عن المعارضة ، لا يؤدي إلى التنازل عن الحق في الدعوى في صورة الطعن بالاستئناف ، وبالتالي فإذا تنازل عن المعارضة ، لا يعد ذلك قبولابالحكم ، مادام يحق له أن يطعن في هذا الحكم بالاستئناف.

وتبعا لذلك يوجد أيضا التناقض بين المادة 1/236 والمادة 3/336 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ولا يمكن التوفيق بين النصين ، ومن ثمة يجب إخضاعهما إلى مبدأ التهاطر أي أن كل واحد منهما يلغي الأخر ، وهنا يرجع إلى تطبيق القواعد العامة.

وبين التنازل عن الاستئناف يعد ذلك قبولا بالحكم المستأنف ، لأن اسقاط الخصم لحقه في الاستئناف يمنعه من ولوج هذا الطريق ، لأن ذلك يساوي تنازل الخصم عن حقه في الدعوى ، والتنازل عن حقه في الاستئناف يجعل الحكم حائزا لقوة الأمر المقضي به.

غير أن الفقرة الثانية من المادة236 جاءت صياغتها غامضة ، ويستخلص من الفقرة المشار إليها ، أن المشرع أراد ضمنيا أن يقرر حكما خاصا بالدعوى التي يكون موضوعها غير قابل للتجزئة ، حيث لا ينتج التنازل أثره إذا قبل البعض الحكم في حين البعض الأخر لا يقبل به ،ويطعن فيه بالاستئناف ، فيكون من حق من قبل بالحكم أن يطعن فيه بالاستئناف إلى جانب من لم يقبل مادام موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة.

في حين لوكان موضوع الدعوى قابلا للتجزئة ، فلا يقبل الطعن بالاستئناف في الحكم إلا من الخصم الذي لم يقبله ، أما من قبله فلا يقبل استئنافه لأن قبوله بالحكم يسقط حقه في الاستئناف.

وتبعا لذلك فإن المادة 2/236 المشار إليها ، تنطبق فقط على الخصومة التي يكون موضوعها غير قابل للتجزئة ، ولا يسري على الخصومة التي يكون موضوعهاقابلا للتجزئة ،

حيث يجوز للبعض أن يتنازل عن حقه في الطعن، وهذا التنازل لا يسري أثره على الخصم الذي لم يتنازل.

ومن ثمة فإن التنازل عن الخصومة في حالة تعدد المدعى عليهم وكان قبولهم واجبا نظرا لابدائهم في الخصومة دفوعا موضوعية وقبل بعضهم ورفض البعض الآخرذلك ،يحدث التنازل، أثر بالنسبة لمن قبل ذلك، وتستمر ممن لم يقبله مادام موضوع الدعوى قابلا للتجزئة[1].

أما إذا كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة- كدعوى الرامية إلى الطعن في العقد بالتزوير – إما أن يكون صحيحا أو مزورا بالنسبة للجميع، فيجب أن يقع التنازل من جميع المدعيين، وإذا قبل بعض المدعى عليهم ورفض البعض الآخر، فلا يصح التنازل ولا يحدث أثره بالنسبة للجميع، ويجب أن تستمر الخصومة في مواجهة الجميع.

وإذا كان التنازل يجوز طلبه أمام محكمة الدرجة الأولى، فإن السؤال يبقى مطروحا حول ماذا كان يمكن طلبه أمام محكمة الطعن، وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

الفرع الثاني
التنازل عن الخصومة أمام جهة الاستئناف

تسري على التنازل عن الخصومة أمام جهة الاستئناف، نفس القواعد التي تطبق على التنازل عن الخصومة أمام محكمة الدرجة الأولى وذلك ما تنص عليه المادة 235 من قانون الإجراءات المدنيةوالإدارية حيث جاء فيها مايلي:

" تطبق المواد من 231إلى 234و238 من هذا القانون على التنازل المتعلق بالإستئناف والمعارضة والطعن بالنقض ".

وتبعا لذلك يجب التمييز بين التنازل عن خصومة الاستئناف، والتنازل عن الحق في الاستئناف، فإن كان الأمر يتعلق بالتنازل عن خصومة الاستئناف، فيكون صاحب

1 - الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص 287.

الحق في التنازل هو المستأنف ، ولا يتوقف ذلك على قبول المستأنف عليه ، إلا إذا سبق له أن أبدى دفوعا بعدم القبول أو دفوعا موضوعية أو استئنافا فرعيا.

أما إذا لم يسبق له أن تمسك بتلك الوسائل ، فإن التنازل لا يتوقف على قبول المستأنف عليه ، كما إذا أبدى دفوعا شكلية.

أما في حالة تنازل عن الاستئناف أو إذا انقضى ميعاد الاستئناف وقت التنازل عن خصومة الاستئناف[1] ، فإن ذلك لا يتوقف على قبول المستأنف عليه ،ويترتب على التنازل عن الاستئناف قبول بالحكم محل الاستئناف.

وترتيبا على ذلك ، تسري نفس القواعد المطبقة على التنازل عن الخصومة أمام محكمة أول درجة على خصومة الاستئناف ، ولا يترتب على التنازل على خصومة الاستئناف ، انقضاء حق المستأنف بإستئناف الحكم مرة أخرى مادام ميعاد الطعن لم ينقض.

وتخضع أيضا خصومة الاستئناف في حالة تعدد الخصوم إلى نفس القواعد المطبقة على التنازل على خصومة الدرجة الأولى ،حيث يجب التمييز بين الدعوى التي يكون موضوعها قابلا للتجزئة ، فيكون التنازل مقبولا ممن صدر منه في مواجهة المستأنف عليهم ممن قبله ، وتستمر الخصومة مع باقي الخصوم الآخرين.

أما إذا كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة ، فإن التنازل لا يحدث أثر إلا إذا صدر من جميع المستأنفين وقبله جميع المستأنف عليهم ، وهو نفس الحكم أيضا يطبق على التنازل عن الحق في الاستئناف.

غير أن السؤال يبقى مطروحا ، حول ما إذا كان يجوز للطاعن أن يتنازل عن الخصومة أمام المحكمة العليا ، وإذا كان الجواب بالايجاب ، فما هي القواعد التي تسري على خصومة الطعن بالنقض ، وهي المسألة التي أتطرق اليها فيما يلي:

---

1 - أحمد أبو الوفا ، الدفوع ، المرجع السابق ، ص 693.

الفرع الثالث
التنازل عن الخصومة أمام المحكمة العليا

لقد تطرق المشرع إلى تنظيم إجراءات التنازل عن الخصومة أمام المحكمة العليا، في المادة 579 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقد جاء في هذا النص، أنه في حالة ما إذا قدم الطاعن تنازلا عن الطعن بالنقض. إذا فهو يتكلم عن التنازل على الطعن بالنقض، وليس عن خصومة الطعن بالنقض، وهناك فرق بين التنازل عن الطعن والتنازل عن خصومة الطعن بالنقض. في حين جاء تحت عنوان الفصل السابع ما يلي: في الحالات الخاصة بالتنازل عن الخصومة.

وبذلك وقع التناقض بين عنوان الفصل السابع، وبين مضمون هذه المادة، غير أن المشرع يقصد من ذلك التنازل عن الخصومة، وليس على الطعن بالنقض. لأن التنازل عن هذا الأخير لا يتوقف على قبول المطعون ضده، لأنه من حق الطاعن أن يتنازل عن حقه في الطعن بالنقض، في أية مرحلة كانت عليها خصومة الطعن كما هو الشأن بالنسبة للمدعي أن يتنازل عن حقه في الدعوى أمام المحكمة في أية مرحلة كانت عليها.

وإذا تنازل الطاعن عن طعنه بالنقض يحدث أثره مباشرة، ويصبح القرار أو الحكم المطعون فيه باتا غير قابل لأي طريق من طرق الطعن. وإذا قدم الطاعن طلبا بالتنازل عن الخصومة فإنه ينجر على ذلك التمييز بين حالتين كما تشير إلى ذلك المادة المذكورة أعلاه الأولى: إذا لم يقدم المطعوت ضده مذكرة بجوابه أو لم يعارض في طلب التنازل ففي هذه الحالة يقضي رئيس الغرفة في طلب التنازل عن الخصومة بموجب أمر ولائي. أما الثانية: وذلك عندما يعترض المطعون ضده على طلب التنازل فيفصل في هذا الطلب من طرف الغرفة بهيئتها بواسطة قرار قضائي.

ويعتبر التنازل عن الخصومة سواء تم بواسطة أمر أو قرار بمثابة قرار برفض الطعن بالنقض، وهو ما يحقق مصلحة المطعون ضده لأن مصلحته دائما ترتبط برفض الطعن، وهي الغاية التي يسعى إليها المطعون ضده إلى تحقيقها، وهي نفس الغاية التي تتحقق من التنازل عن الحق في الطعن إذا فلا يوجد فرق بين التنازل عن خصومة الطعن

بالنقض وبين التنازل عن الحق في الطعن أمام المحكمة العليا. لأن كلاهما يترتب عليه سقوط حق الطاعن في رفع الطعن من جديد. ويصبح الحكم او القرار المطعون فيه باتا. وبالتالي يصبح اعتراض المطعون عليه على طلب التنازل عن الخصومة خال من المصلحة. والمشرع يشترط في المادة 233 من نفس القانون. أن يكون إعتراض المطعون ضده مبنيا على أسباب مشروعة.

وترتيبا على ذلك. فإن التنازل عن خصومة الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا يحقق مصلحة المطعون ضده. سواء وقع ذلك قبل انعقاد الخصومة أو بعد أنعقادها. وسواء قدم المطعون ضده جوابا أو لم يقدمه. وسواء اعترض أو لم يعترض لأن التنازل عن خصومة الطعن بالنقض يساوي التنازل عن الحق في الطعن وهو يساوي أيضا القرار برفض الطعن.

إذن التنازل عن خصومة الطعن بالنقض. يترتب عليه انقضاء حق الطاعن في الطعن بالنقض ولا يستطيع رفع الطعن مرة أخرى. حتى ولو كان ميعاد الطعن لا يزال لم ينقض.

غير أن الأصل في التنازل عن الخصومة لا يترتب عليه إنقضاء حق الطاعن في الطعن إذا كان ميعاد الطعن بالنقض لم ينقض بعد لكن التنازل عن خصومة الطعن بالنقض يساوي قرار رفض الطعن. وهذا يؤدي إلى سقوط حق الطاعن في إعادة رفع الطعن من جديد و يتناقض مع قرره المشرع في المادة 235 من قاون الإجراءات المدنية والإدارية. على أن يخضع التنازل عن خصومة الطعن بالنقض إلى أحكام المواد 231 إلى 236 و238 من نفس القانون.

وتنص المادة 231 المحال عليها على أن التنازل هو امكانية مخولة للمدعي أو الطاعن لإنهاء الخصومة. ولا يترتب عليه التخلي عن الحق في الدعوى أو الطعن.

وتبعا لذلك. فإن التنازل عن الخصومة سواء كان ذلك أمام الدرجة الأولى أو أمام جهة الاستئناف أو أمام المحكمة العليا. لا يترتب عليه التخلي عن الحق في الدعوى أو الطعن. فيحق لصاحب المصلحة أن يعيد رفع الدعوى أو الطعن مادام ميعاد الطعن لم ينقض.

في حين أن المادة 579 المشار إليها. تنص على أن التنازل عن خصومة الطعن بالنقض. يعد بمثابة رفض الطعن مما يمنع الطاعن من رفع الطعن من جديد. وبذلك يوجد

التناقض بين أحكام المادة 579 والمادة 231 من نفس القانون . وهي التناقضات التي يعرفها هذا القانون.

وساتطرق لاحقا عن كيفية الخروج من هذه التناقضات

غير أن السؤال يبقى مطروحا حول الآثار التي تترتب على التنازل عن الخصومة . وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

المطلب الثاني
الأثر المترتب على التنازل عن الخصومة

يترتب على ترك الخصومة زوالها . وزوال جميع الإجراءات بما فيها عريضة افتتاح الخصومة[1] . فيعود الخصوم إلى مراكزهم القانونية السابقة . قبل رفع الدعوى أمام المحكمة[2] . وتزول جميع الآثار المترتبة عن المطالبة القضائية . كقطع مدة التقادم وحساب الفوائد التأخيرية ورد الثمار . وذلك طبقا لما تنص عليه المادتان 317 و 825 من القانون المدني.

ومن الأمثلة على ذلك . أن حقوق الأطباء والمحامين والخبراء وغيرهم تتقادم بسنتين . وقبل رفع الدعوى من أحدهم . قد انقضى على الحق ميعاد التقادم مدة سنة . فتؤدي المطالبة القضائية إلى قطع التقادم . فإذا تنازل عن الخصومة . فيؤدي إلى زوال الأثر المترتب على المطالبة القضائية . وهو قطع التقادم, وكأنه لم يحدث اطلاقا . فإذا رفع المدعي الدعوى من جديدبنفس الحق . بعد انقضاء سنتين من تاريخ استحقاق هذا الحق . فتكون هذه الدعوى غير مقبولة . لسقوط الحق الموضوعي بالتقادم . ولا يمكن الاستناد على المطالبة القضائية الأولى التي تكون قد قطعت التقادم لأن تنازل عنها . يترتب عليه زوال جميع الآثار المترتبة عنها بما فيه قطع التقادم . أما الاستناد على المطالبة القضائية الثانية فقد وقعت بعد انقضاء سنتين.

1 - أحمد أبو الوفا . المرافعات . المرجع السابق . ص 709-710.

2 - أحمد أبو الوفا . المرافعات . المرجع السابق . ص 709-710.

ومن ثمة يكون الحق قد سقط بالتقادم . والأصل أن التنازل عن الخصومة لا يمس بأصل الحق الموضوعي . ما لم يكن قد انقضى لسبب آخر كالتقادم المسقط.

وتبعا لذلك . فإن التنازل عن الخصومة أمام جهة الإستئناف . لا يمس حق المستأنف من أعادة رفع الاستئناف من جديد . ما لم ينقض ميعاد الاستئناف.

غير أن المادة 235 من نفس القانون تحيل على إجراءات التنازل عن الخصومة أمام المحكمة العليا . على أحكام المادة 231 من نفس القانون . تنص على أن التنازل هو امكانية مخولة للطاعن لانهاء الخصومة . ولا يترتب عليه التخلي عن الحق في الدعوى (الطعن).

وتبعا لذلك, يحق للطاعن أن يعيد رفع الطعن بالنقض على أساس أنه قد تنازل عن خصومة الطعن بالنقض ،ولم يتنازل على الطعن بالنقض ، وبالتالي يوجد التناقض بين الفقرة الثالثة من المادة 579 والمادة 231 المشار إليهما . ولا يمكن إزالة التناقض بينهما.

ومن ثمة يجب إخضاع النصين إلى مبدأ التماحي (إسقاط) . واستبعادهما من مجال التطبيق أمام المحكمة العليا . أي اسبعاد تطبيق المادة 231 و الفقرة الثالثة من المادة 575.

وبأستبعاد النصين المشار إليهما من مجال التطبيق يصبح من حق الطاعن أن يعيد رفع الطعن بالنقض بعد تنازله عن خصومة الطعن بالنقض ما دام ميعاد الطعن لم ينقض بعد.

والخصومة قد تنقضي بدون صدور حكم في موضوعها . وقد تنقضي بصدور حكم في موضوعها . وتبعا لذلك أنتقل إلى دراسة الأحكام الصادرة في الخصومة على الوجه التالي:

الفصل الرابع
الأحكام القضائية

تمهيد وتقسيم

عندما يقع الاعتداء على الحق أوالمركز القانوني ، فينشأ عنه حق في الدعوى، يستعمل بواسطة الطلب القضائي ، وينشأ عن هذا الاستعمال مركز قانوني يطلق عليه مصطلح الخصومة القضائية.

وعندما تنشأ الخصومة ، تسير وتقطع مراحل مختلفة ، قد تصل إلى غايتها، وهو الفصل في موضوعها ، وقد لا تصل إلى هذه الغاية ، حيث تنتهي بدون صدور حكم في موضوعها.

إذا تنتهي الخصومة - سواء صدر حكم في موضوعها أو دون صدورالحكم في موضوعها -إلى الحكم القضائي.

وتبعا لذلك ، سأتطرق في هذا الفصل إلى كيفية إصدار الأحكام القضائية وتقسيمها وتسبيبها والآثار المترتبة عليها ، ولذلك سأقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية:

المبحث الأول: اصدار الأحكام القضائية.
المبحث الثاني: تقسيم الأحكام القضائية.
المبحث الثالث: تسبيب الأحكام القضائية.
المبحث الرابع: الآثار المترتبة على صدور الأحكام القضائية.

وإلى تفصيل هذه المسائل كما يلي:

المبحث الأول
إصدار الأحكام القضائية

الحكم القضائي يمر صدوره بمراحل مختلفة. فعندما يستنفذ الخصوم حقهم في الدفاع، بتقديم كل طرف طلباته ووسائل دفاعه في مواجهة الطرف الآخر. إلى أن تصل القضية إلى مرحلة اختتام المرافعة. فيعلن القاضي غلق بابها. ثم يحيل القضية إلى المداولة. ويحدد التاريخ الذي سيتم النطق فيه بالحكم وبعد النطق به يجب كتابته. ويظهر الحكم مكتوبا في صورة نسخة أصلية. ويصدر الحكم وقد تتعلق به بعض الأخطاء تؤثر في مضمونه. وقد يصدر بعبارات غامضة مما يقتضي الحال استجلاء. معنى تلك العبارات.

وتبعا لذلك. سأقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: معنى قفل باب المرافعة.

المطلب الثاني: المقصود بالمداولة.

المطلب الثالث: النطق بالحكم.

المطلب الرابع: كتابة الحكم ونسخته الأصلية.

المطلب الخامس: تصحيح وتفسير الحكم.

وأتناول تلك المسائل فيما يلي:

المطلب الأول
معنى قفل باب المرافعة

إذا قدم كل طرف إلى الجهة القضائية التي تنظر الدعوى ، جميع طلباته ومستنداته ، وتم الرد عليها من الخصم الآخر ، واطمأن كل طرف أنه استنفذ حقه في الدفاع ، ويصرح أنه لم يبق ما يدلي به أو يضيفه ، ويكتفي بما قدمه في القضية ، وحينئذ تصبح القضية صالحة للحكم فيها ، فيعلن رئيس الجلسة غلق باب المرافعة وبحجز القضية للدراسة والمداولة.

والأصل أنه وبعد غلق باب المرافعة لا يجوز للمحكمة أن تستمع إلى اقوال أحد الخصوم ، أو أن تقبل مستندا جديدا تضمه إلى ملف القضية ، وهذا ما تنص عليه المادة 267 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، غير أنه قد تظهر الحاجة إلى قبول اقوال أحد الخصوم أو قبول بعض المستندات لم تقدم في القضية ، وهنا يجب فتح باب المرافعة من جديد ، وهذا ما تقضي به المادة 268 من نفس القانون ، حيث جاء فيها مايلي:

" يجوز للجهة القضائية المعروض أمامها النزاع ، بعد اقفال باب المرافعة أن تعيد القضية إلى الجدول ، كلما دعت الضرورة لذلك ، كما يمكن أن تقوم بذلك بناء على طلب أحد الخصوم أو بسبب تغيير في تشكيلتها".

ويستخلص من ذلك ، أنه يجوز للجهة القضائية -كلما دعت الضرورة - أن تقوم بفتح باب المرافعة من جديد وتعيد القضية إلى الجدول.

ويتم إعادة فتح باب المرافعة من طرف الجهة القضائية بناء على طلب أحد الخصوم أو بسبب تغيير في التشكيلة ، ويصرح ذلك بقرار شفوي في جلسة النطق بالحكم.

ولا يعاد فتح باب المرافعة إلا لأسباب جدية ، وينوه عن ذلك في الجلسة وأن يثبت ذلك في سجلها. وعدم ذكر الأسباب الجدية ، لا يترتب عليه بطلان الحكم ، لأن الأمر يدخل في السلطة التقديرية لقضاة الموضوع.

وإذا أمرت المحكمة بفتح باب المرافعة بناء على طلب الخصم ، فيجب على هذا الأخير أن يقوم بإعلان الخصم الآخر الذي تغيب أثناء جلسة الاعلان عند إعادة فتح باب المرافعة.

أما إذا كان إعادة فتح باب المرافعة وقع من تلقاء نفس الجهة القضائية ، ففي هذه الحالة تكلف الخصم الحاضر أن يقوم بإعلان الخصم الغائب ، ذلك أنه يجب أن تتخذ جميع الإجراءات في مواجهة الطرف الآخر ، وإلا وقعت الإجراءات المتخذة بعد فتح باب المرافعة باطلة في مواجهة الخصم الذي لم يعلن.

وإذا تم غلق باب المرافعة ، فإن الجهة القضائية بعد ذلك تعلن عن حجز القضية للمداولة ، وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

المطلب الثاني
المقصود بالمداولة

يقصد بالمداولة المشاورة بين أعضاء المحكمة في منطوق الحكم وأسبابه بعد انتهاء المرافعة أوقبل النطق بالحكم ، ولذلك يجب التمييز بين ما إذا كانت تشكيلة الهيئة فرديا ، فيقصد من المداولة التفكير من القاضي ، حينئذ يقال تحجز القضية للنظر أو الدراسة لأن القاضي الفرد لا يتداول مع نفسه ، أما إذا كانت التشكيلة جماعية ، فيقصد منها تبادل الرأي فيما بينهم وحينئذ يقال تحجز القضية للمداولة وهي تعني المشارة بين أعضاء الهيئة.

فإذا كانت التشكيلة فردية ، فيلجأ القاضي إلى حجز القضية للنظر والتفكير ، وقد يفصل فيها فورا بعد انتهاء المرافعة ، وقد ترفع الجلسة مؤقتا ، ثم تستأنف للنطق بالحكم ، وقد تؤجل القضية إلى الجلسة المقبلة ، ويحدد تاريخ النطق بالحكم ، وهذا ما تقضي به المادة 271 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أما إذا كانت التشكيلة جماعية . فيمكن أن تتم المداولة في الجلسة نفسها . فيتشاور أعضاء التشكيلة فيما بينهم سرا ثم يصدروا الحكم . ويمكن للهيئة أن تنسحب إلى غرفة المشورة لتبادل الرأي فيما بينهم . ثم تستأنف الجلسة لاصدار الحكم.

وقد ترى الهيئة حجز القضية للمداولة وتأجيلها إلى وقت لاحق ويحدد تاريخ النطق بالحكم . وذلك إذا كانت القضية تحتاج إلى البحث والتفكير قبل إصدار الحكم.

وقد تلجأ التشكيلة بعد حجز القضية للمداولة أن تمدد المداولة على ألا تتجاوز جلستين متتاليتين . ولا تلجأ إلى ذلك إلا إذا اقتضت الضرورة الملحة . وهذا ما تقضي به المادة 3/271 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وقد يلجأ القاضي إلى تمديد المداولة لأكثر من جلستين فلا يترتب على ذلك بطلان الحكم القضائي . لأن الأجل المحدد لجلستين يعد أجلا تنظيميا . المراد منه حث القاضي من أجل الفصل في القضية في أقرب جلسة . ولا يلجأ إلى تأجيلها إلا لأسباب استثنائية.

ولايجوز للجهة القضائية . أن تقبل من أحد الخصوم مستندا جديدا أو أبداء أقوال إلا إذا تم هذا في مواجهة الطرف الاخر . ضمانا لحقوق الدفاع[1] . وهذا ما تقضي به المادة 70 من نفس القانون . على أنه يجب ايداع الأوراق والسندات والوثائق التي يقدمها كل طرف دعما لادعاءاته إلى الخصم الآخر ولو لم يطلبها ".

ولا يسمح بالمشاركة في المداولة[2] . إلا القضاة الذين سبق لهم حضور جميع جلسات القضية . وإذا حدث مانع لأحد القضاة الذين حضروا جلسات القضية يحول دون الاشتراك في المداولة . وجب إعادة فتح باب المرافعة من جديد . وإعادة الاجراءات أمام القاضي المتخلف . وعادة ما يكتفي الخصوم بالتمسك بطلباتهم ووسائل دفاعهم السابقة.

ويجب أن تجرى المداولة سرا . ولا يجب أن تحضرها النيابة العامة ولا امين الضبط ولا محامي الأطراف . وهذا ما تنص عليه المادة 269 من نفس القانون.

---

1 - أحمد أبو الوفا . المرافعات . المرجع السابق . ص741.

2 - فتحي والي . الوسيط . المرجع السابق . ص 619.

ويحظر على الجهة القضائية التي تفصل في الدعوى أن تستمع إلى أحد الخصوم أو إلى وكيله دون حضور الطرف الآخر أو تقبل أوراقا أو مذكرات أو مستندات دون تمكين الخصم الآخر من الاطلاع عليها.

وبعد المداولة يتم التصريح بمنطوق الحكم . فكيف يتم ذلك ؟ وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

المطلب الثالث
النطق بالحكم

يقصد بالنطق بالحكم . تلاوة منطوق الحكم شفويا بالجلسة . يثبت في سجل خاص بالجلسة . ويجب أن تكون عبارات المنطوق واضحة ناجزة لا تحتمل التأويل.

ويجب ان يتم النطق بالحكم في جلسة علنية ولو حصلت المرافعة في جلسة سرية . والا كان الحكم باطلا.

وقد يتم النطق بالحكم في جلسة المرافعات . ويجوز تأجيل إصدار الحكم إلى جلسة أخرى قريبة تحددها المحكمة . وهذا ما تنص عليه المادة 2/271 من نفس القانون . على أنه وفي حالة التأجيل يجب أن يحدد تاريخ النطق بالحكم في الجلسة المقبلة.

والسؤال المطروح . هو ما إذا أغفلت الجهة القضائية تحديد تاريخ النطق بالحكم ، فهل يترتب على ذلك بطلان الحكم ؟

إن الاجابة على ذلك ، تنحصر في القول ، أن القانون لم يرتب أي بطلان على هذه المخالفة ، استنادا إلى أحكام المادة 60 من نفس القانون . والتي تنص على أنه لا يتقرر بطلان الأعمال الاجرائية لعيب شكلي مالم يكن منصوصا عليه صراحة في القانون ، وخاصة وان هذا الإغفال لا يترتب عليه أي ضرر قد يلحق بالخصم . لأن مواعيد الطعن لا تسري إلا بناء على تبليغ يسلم إلى المحكوم عليه ، وإذا كانت تشكيلة الجهة القضائية جماعية . فلا يصدر الحكم إلا باغلبيةالأراء . وهذا ما تنص عليه المادة 270 من نفس القانون.

وسواء صدر الحكم بالاجماع أو بأغلبية الأصوات فلا يذكرذلك في الحكم ، وينسب الحكم برمته إلى الهيئة التي صدر عنها الحكم.

ويصدر الحكم من المحكمة الابتدائية من قاض فرد ، ومن جهة الاستئناف يصدر من رئيس الغرفة ومستشارين ، ويصدر القرار من القضاة الذين سمعوا المرافعة وتداولوا فيما بينهم دون غيرهم.

والمنطوق هو القرار الذي تصدره المحكمة فصلا في الطلبات والدفوع المعروضة عليها ، وقد يرد المنطوق في أسباب الحكم المتصلة به اتصالا لا يقبل الانفصال ، ولذلك تعد تلك الأسباب مكملة للمنطوق ، فمثلا إذا حكم بطرد المدعى عليه من العقار ، فيجب ذكرما يعين هذا العقار من ذكر رقم وحدود ومساحة ومكان هذا العقار ، فقد يرد بيان تعيين العقار في أسباب الحكم ثم ينتهي القاضي إلى القضاء على المدعى عليه بالخروج من العقارالمتنازع عليه ، ولم يذكر تلك البيانات المتعلقة بتعيين العقار في المنطوق ، وإنما ذكرت في الأسباب فتكون تلك الأسباب مكملة للمنطوق.

ولا يقتصر الأمر على إصدار الحكم والنطق به في جلسة علنية ، فبعد ذلك يجب على القاضي أن يقوم بتحريره وكتابته ، وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

المطلب الرابع
كتابة الحكم ونسخته الأصلية

عندما يتم النطق بالحكم شفويا في الجلسة ، يجب تحريره كتابة في نسخة أصلية ، ويجب أن تشمل على مجموعة من البيانات وتبعا لذلك سأتطرق أولا إلى كتابة الحكم وثانيا إلى النسخة الأصلية للحكم وثالثا إلى البيانات التي يشتمل عليها الحكم.

أولا: كتابة الحكم:

تعتبر الكتابة باللغة الرسمية للدولة وهي اللغة العربية، عنصر شكليا في الحكم، ولا يعرف القانون الحكم غير المكتوب[1]، ويجب أن يحرر الحكم في مسودة ونسخة أصلية، وتكتب عادة مسودة الحكم من القاضي المقرر، بعد انتهاء المداولة، وقبل النطق بالحكم، وتنص المادة 277 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية على أنه:" لايجوز النطق بالحكم إلا بعد تسبيبه"

وهنا يقع التساؤل حول ما إذا تم النطق بالحكم بدون تسبيبه، فهل يقع تحت طائلة البطلان؟

القانون لم يقرر البطلان على هذه المخالفة، وطبقا للمادة 60 من نفس القانون لا يحكم بالبطلان إلا إذا ورد النص عليه صراحة في القانون.

وتودع مسودة الحكم في ملف القضية عند النطق به، سواء صدر أثناء جلسة المرافعات أو في جلسة لاحقة، ولا يجوز لأحد ولو كان قاض أخذ صورة من هذه المسودة.

ثانيا: نسخة الحكم الأصلية:

هي أصل الحكم، وهي ليست مجردة نسخة وسميت كذلك وهي النسخة التي يوقع عليها كل من رئيس التشكيلة والقاضي المقرر وأمين الضبط .وهي الأصل الذي يحفظ في أرشيف المحكمة وهو الأمر الذي تنص عليه المادة 278 من نفس القانون، وتصبح المرجع الأساس في أخذ الصور المختلفة من الحكم منها الصور البسيطة والنسخة التنفيذية، وذلك طبقا لمل تنص عليه المادة 280 من نفس القانون[2].

1 - فتحي والي، الوسيط، المرجع السابق، ص 623.
2 - فتحي والي، الوسيط، المرجع السابق، ص 624.

ثالثا: بيانات الحكم:

فقد أوجب القانون أن يشتمل الحكم على البيانات المنصوص عليها بالمادتين 275 و276 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية وهي كما يلي:

1. أن يصدر الحكم وهو يحمل العبارة التالية:

- الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

- باسم الشعب

والمشرع استوجب أن يصدور الحكم وهو يحمل العبارتين المذكورتين. غير أن السؤال يبقى مطروحا إذا صدر وهو يحمل إحد العبارتين دون الأخرى. فماذا يترتب على ذلك؟

فقد قررت المادة المذكورة على أنه يجب أن يشمل الحكم – تحت طائلة البطلان- على العبارتين. وبالتالي إذا صدر دون أن يكون مشتملا على العبارتين المذكورة يقع تحت طائلة البطلان.

وإن عبارة الجمهورية الجزائرية ..... تفيد أن نظام الحكم في الدولة نظام جمهوري، ديمقراطي شعبي. وهي العبارة التي تصدر بها الأوراق الرسمية التي تصدر عن الدولة ومؤسساتها الإدارية.

في حين أن عبارة أن يصدر الحكم باسم الشعب. فهذا الأخير هو مصدر السلطات ومنها السلطة القضائية. وبذلك يجب أن تصدر الأحكام القضائية باسم الشعب.

وتبعا لذلك إن صدر الحكم يحمل عبارة باسم الشعب دون أن يحمل عبارة "الجمهورية..."، فلا يترتب عليه البطلان على أساس أنه يكفي أن يحمل توقيع القاضي مما يضفي عليه الصفة الرسمية، وصدوره من القاضي يعني أنه صدر من نائب الشعب صاحب السيادة، لأن هذه الأخيرة هي ملك الشعب يمارسها النائب عنه في حين أنه إذا صدر وهو لا يحمل عبارة "باسم الشعب" يقع تحت طائلة البطلان على أساس أنه لم يصدر بأسم الأصيل والعمل القانوني لكي يكون صحيحا يجب أن يصدر باسم الأصيل صاحب الصفة.

2. بيان الجهة القضائية التي صدر الحكم عنها ، والمقصود من بيان اسم المحكمة التي صدر عنها الحكم للتأكد من أن الحكم قد صدر من الجهة القضائية المختصة.

3. تاريخ الحكم ، والمقصود منه هو تاريخ النطق به ، وهذا ما تنص عليه المادة 274 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن تاريخ الأحكام هو تاريخ النطق بها لمعرفة ميعاد الطعن في الأحكام التي يسري ميعاد الطعن ابتداء من تاريخ النطق بها ، مثل الأحكام المدنية إذا انقضى عليها ميعاد سنتين ، تبدأ من تاريخ صدورها ، تصبح غير قابلة لأي طريق من طرق الطعن ، طبقا للمادة 314 إ م إ.

4. بيان المادة التي صدر فيها الحكم ما إذا صدر في مادة تجارية أومدنية أو إجتماعية أو مستعجلة ، لأن الحكم الصادر في مادة مستعجلة يكون معجل النفاذ بقوة القانون.

5. أسماء القضاة الذين سمعوا الحكم واشتركوا فيه وحضروا تلاوته ، لمعرفة ما إذا الحكم الصادر من القضاة يتوفرون على الصلاحية الخاصة في اصداره.

6. اسم ولقب ممثل النيابة العامة ، الذي أبدى رأيه في القضية ، وما إذا كان تدخل النيابة العامة اختياريا أو إجباريا ، وكان القانون القديم يرتب البطلان على عدم ذكر اسم ممثل النيابة العامة في القضايا التي يوجب القانون تدخلها فيها ، ولم ينص القانون الجديد على البطلان عندما يكون الحكم خاليا من ذكر اسم ممثل النيابة العامة في القضايا المنصوص عليها بالمادة 260 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مع أن البطلان وحسب القانون الجديد لا يترتب مالم يكن منصوصا عليه صراحة في القانون.

7. أسماء الخصوم وألقابهم وصفاتهم ، وموطن كل واحد منهم وحضورهم أو غيابهم وفقا لأحكام المادة 150 من نفس القانون ، ويترتب على النقص في أسماء الخصوم وصفاتهم بطلان الحكم القضائي.

والمقصود بالنقص في أحد البيانات المشار إليها في المادة المذكورة ، أن يؤدي هذا النقص إلى التجهيل بشخصية الخصم ، والتشكيك فيه.

أما إذا ذكر ما يفيد في تعيين شخصية الخصم ، ولا يكون لهذا النقص شأن في تشكيك في حقيقته ، فلا يترتب عليه أي بطلان لانتفاء الضرر.

8. عرض مجمل لوقائع الدعوى ، فيجب أن يذكر بإيجاز وقائع القضية و التي تعتبر ضرورية للفصل في الدعوى ، فإذا جاء الحكم خاليا من هذه الوقائع ، ترتب عليه بطلان الحكم ، ويعني بالوقائع سبب الطلب القضائي الذي يستند المدعي إليه في دعواه وأدلة الاثبات التي قدمها ودفوع ودفاع المدعى عليه.

9. طلبات الخصوم وخلاصة موجزة لدفاعهم ودفوعهم ولا يتطلب القانون من القاضي ، أن يستعرض كل ما قدمه الخصوم من أقوال ، بل يجب عليه أن يستخلص الوقائع المنتجة في الدعوى طبقا لما تنص عليه المادة 2/277 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويستخلص من طلبات الخصوم نطاق سلطة المحكمة ، أما الهدف من بيان طلبات ، ودفاع ودفوع الخصوم ، هو مراقبة أسباب الحكم[1] ، فالمحكمة ملزمة بفحص طلبات و دفاع ودفوع الخصوم ، وعدم الرد عليها ، يعد ذلك قصورا في الأسباب يعرض الحكم إلى البطلان.

غير أنه يجوز للمحكمة أن تحيل على الحكم الصادر سابقا بالنسبة لوقائع القضية ودفاع ودفوع الخصوم ، يشترط أن يتعلق هذا الحكم بذات الخصومة ، بين نفس الخصوم مثل الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع ، فيمكن إحالة عليه بعد إعادة السير في الدعوى والفصل في الموضوع ، وقد أوردت المادة 276 من نفس القانون بيانات الحكم ، غير أن القاضي ليس ملزما باتباع هذا الترتيب ، ولا يترتب أي بطلان لمجرد مخالفة الحكم هذا الترتيب.

10. يجب أن تستكمل ورقة الحكم – في ذاتها – عناصرها فلا يجوز تكملة النقص الوارد بها بأي طريق من طرق الاثبات ، كما لا يجوز تصحيحها استنادا إلى ورقة اجنبية عن الدعوى التي صدر فيها الحكم[2].

غير أنه لا يترتب أي بطلان على إغفال أو عدم صحة أحد البيانات المقررة لصحة الحكم أو بطلانه ، إذا ثبت من وثائق القضية أو من سجل الجلسات أنه قد تم فعلا مراعاة القواعد

---

1 - فتحي والي ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص631 ،628.
2 - فتحي والي ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص....

القانونية، وهذا ما تنص عليه المادة 283 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مثل إغفال ذكر إسم أحد القضاة الذين صدر الحكم بإسمهم، في حين تم تنويه على اسمه في سجل الجلسات.

إن الحكم القضائي يعد عملا إجرائيا، فهو يخضع لأحكام البطلان المنصوص عليه بالمادة 60 من نفس القانون.

هذا بعد التطرق إلى كتابة الحكم ونسخته الأصلية، فإن الحكم إذا صدر فقد تلحق به بعض الأخطاء، أو قد يصدر يحمل عبارات عامة، وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

المطلب الخامس
تصحيح وتفسير الحكم القضائي

ماهي الأخطاء التي يمكن تصحيحها وماهي العبارات الغامضة التي تقبل التفسير، وتبعا لذلك سأقسم هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول أتناول فيه كيفية تصحيح الأخطاء التي تلحق بالحكم وفي الفرع الثاني أتناول فيه كيفية تفسير الحكم الذي يحمل عبارة غامضة وذلك على الوجه التالي:

الفرع الأول
تصحيح الحكم القضائي

قد يقع خطأ في الحكم أو القرار، وتنقسم الأخطاء إلى أخطاء قانونية، فإن السبيل الوحيد إلى تصحيحها هو الطعن فيها بطريق الطعن المناسب، وإذا انقضى أجل الطعن، يصحح هذا الخطأ، ويصبح الحكم حائزا لقوة الأمر المقضي فيه.

أما الأخطاء المادية ، فلا يحتاج علاجها ولوح طريق الطعن عليها لتصحيحها ، وهي الأخطاء المادية الصرفة ، فقد قرر المشرع في المادة 286 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، تصحيح الأحكام القضائية إذا شابها خطأ مادي ، ولقبول طلب التصحيح أن يكون الخطأ المادي كتابيا أو حسابيا[1].

والمقصود بالخطأ المادي في الكتابة أو الحساب ، أن يقع الخطأ في كتابة الإسم أو الحساب ، إما الخطأ في التفكير أو النقص في التعبير[2] لا يدخل ضمن مفهوم الخطأ المادي ، وتبعا لذلك لا يجوز الالتجاء إلى التصحيح ، إذا تعلق الأمر بخطأ في تقدير القاضي أو في تكوين هذا التقدير[3]. والخطأ المادي قد يقع في منطوق الحكم ، أو في جزء منه مكمل للمنطوق.

ويجب أن يكون هذا الخطأ واضحا من بيانات الحكم نفسه أومقارنة منطوق الحكم ببياناته الأخرى أو من سجل الجلسات.

ومن الأمثلة على الخطأ المادي ، أن ترد في أسباب الحكم المبالغ المستحقة للمدعي ، في حين تجمع هذه المبالغ خطأ وتظهر في المنطوق كنتيجة لهذا الجمع الخاطئ ، أو بذكر اسم أحد الخصوم خطأ في ديباجة الحكم ، وبعد الرجوع إلى وثائق ملف القضية يتبين منه هذا الخطأ ، أو أن يذكر خطأ في تحديد العقار المحكوم باستحقاقه ، مع وضوح هذا الخطأ من وقائع القضية التي يتضمنها الحكم ، أو أن يقع خطأ في اسم القاضي الذي أصدر الحكم ، مع وضوح الخطأ من سجل جلسة النطق بالحكم ، ولا يمنع تصحيح

---

1 - انظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 18 جانفي 2006 رقم 386779 عن الغرفة المدنية ، القسم الثالث ، حيث جاء فيه مايلي:

" حيث أنه وبعد مراجعة القرار المراد تصحيحه ، يتبين منه أنه لم يقع في أي خطأ مادي بمفهوم المادة 294 من قانون الإجراءات المدنية ، التي تستوجب أن يقع خطأ مادي من شأنه أن يؤثر في الحكم الصادر في الدعوى ، كالخطأ الذي قد تقع فيه المحكمة العليا ، كان تقضي بعدم قبول الطعن لرفعه خارج الآجال القانوني ، في حين أنه وبعد صدور هذا القرار ، وبعد مراجعة الحساب ، يتبين منه أن الطعن بالنقض قد تم رفعه في الميعاد القانوني ، وبذلك يكون القرار مشوبا بخطا مادي في حساب الميعاد...".

2 - فتحي والي ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص 646 ، 647.

3 - فتحي والي ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص 647، 646.

الحكم أن يكون قابلا للطعن فيه بأي طريق غير أنه لا يجوز التمسك بالخطأ المادي كسبب للطعن فيه بالنقض[1].

وتتولى المحكمة تصحيح الحكم بناء على طلب مقدم من أحد الخصوم ، أو بناء على طلب مشترك ، ويقدم الطلب وفق إجراءات رفع الدعوى ، ويتعين تكليف الخصوم الأخرى بالحضور ، كما يحق للنيابة العامة ، تقديم طلب التصحيح إلى الجهة القضائية التي أصدرت الحكم المشوب بالخطأ المادي ، وذلك طبقا لما تنص عليه المادة 286 من نفس القانون ، تقتصر سلطة الجهة القضائية على تصحيح الخطأ المادي وتستند في هذا التصحيح بالرجوع إلى بيانات الحكم ، أو إلى مستندات القضية أو إلى سجل جلسة النطق بالحكم.

فلا تملك تصحيحه على نحو مخالف لما قضى به وتتخذه ذريعة للرجوع عن الحكم الصادر عنها ، فتغير منطوق الحكم بما يخالفه ، فيعد ذلك مساسا بحجية الأمر المقضي به ، وهذا ما تحظره المادة 2/287 من نفس القانون ، حيث نصت على أن تصحيح الخطأ المادي أو الاغفال لا يجب أن يؤدي إلى تعديل ما قضى به الحكم من حقوق والتزامات.

فإذا شاب الحكم الصادر خطأ مادي يمكن العودة إلى نفس القاضي وطلب منه تصحيح هذا الخطأ وليس له أي ميعاد.

غير أن السؤال يبقى مطروحا حول ما إذا صدر حكم وجاء منطوقه غامضا ، فكيف يمكن إزالة هذا الغموض ، وهي المسألة التي أتطرق إليها فيما يلي:

الفرع الثاني
تفسير الحكم القضائي

لا يقصد بتفسير الحكم البحث عن إرادة القاضي ، كما هوالشأن عند تفسير العقد ، لكن تفسير الحكم ينصب على تحديد مضمونه ، ويبحث عنه في العناصر الموضوعية

---

1 - فتحي والي ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص 647.

للوصول إلى معرفة العمل التقدري للقاضي[1]، ويلجأ إلى تفسير الحكم عندما تصبح عباراته غامضة أو مبهمة . وهذا ماجاء النص عليه بالمادة 285 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن يفسر الحكم يقصد به توضيح مدلوله أو تحديد مضمونه . ويقدم طلب تفسير الحكم بعريضة من أحدالخصوم إلى الجهة القضائية التي أصدرته.

والحكم الصادر بالتفسير يعتبر متمما للحكم الذي يفسره . ويكون الحكم قابلا للطعن فيه بمختلف طرق الطعن . غير أنه إذا كان الحكم محل التفسير غير قابل للطعن فيه بالاستئناف فيكون الحكم التفسيري بدوره غير قابل للإستئناف[2]، ولا يؤثر في القوة التنفيذية للحكم المراد تفسيره، رفع الدعوى بتفسيره ولا يوقف ميعاد الطعن فيه[3]. ويجب أن يكون طلب التفسير –تحت طائلة عدم القبول – متعلقا بتفسير المنطوق. وقد تصبح الأسباب جزءا من المنطوق ومكملة له . وقد تحتاج أيضا للتفسير.

وتعمل المحكمة بصدد تفسير منطوق الحكم على الكشف التقدير الذي يتضمنه الحكم . ولا يجب أن يتخذ التفسير ذريعة لتعديل الحكم أو الحذف منه او الإضافة إليه.

ومن الأمثلة على ذلك . فقد صدر حكم في إحدى الدعاوى والتي تتلخص وقائعها ، في كون مورث فريق (ح) كان شريكا في شركة وبعد وفاته انتقلت حصة الشريك المتوفي إلى ورثته ، فرفع أحد دائني الشركة على الورثة مدعيا بأنه دائن للشركة بمبلغ مالي ، طالبا إلزامهم بأدائه له . فانتهت الدعوى إلى الحكم القاضي بإلزام الورثة بسداد الدين.

فشرع الدائن في التنفيذ على الورثة بالحجز على أموالهم الخاصة ، لأن الحكم قضى على الورثة بسداد الدين ، ولم يبين ما إذا كان الورثة ملزمين بسداد الدين في حدود حصتهم في الشركة أم يمتد إلى أموالهم الخاصة ، مما يجعل هذا الحكم مشوبا بالغموض يحتاج إلى التفسير.

فيتعين على الورثة رفع دعوى التفسير لتحديد ما إذا كان الورثة ملزمين بأداء الدين المترتب في ذمة مورثهم في حدود حصته في الشركة باعتبارها شخصا معنويا لها ذمة مالية مستقلة عن ذمة شركائها المكونيين لها.

---

1 - فتحي والي . الوسيط . المرجع السابق . ص 649.

2 - أحمد أبو الوفا . المرافعات . المرجع السابق . ص 776.

3 - فتحي والي . الوسيط . المرجع السابق . ص 649.

ومما لا شك فيه فان التفسير ينتهي إلى القول أن الورثة ملزمين بسداد الدين في حدود الحصة التي انتقلت إليهم عن طريق الميراث ولا يمتد إلى باقي أموال التركة.

قد سبق أن تطرقت إلى كيفية إصدار الحكم. ثم إذا وقع فيه خطأ أو ابهام أو غموض. كيف يمكن تدارك ذلك. والآن أتطرق إلى أنواع الأحكام وتقسيماتها على الوجه التالي:

المبحث الثاني
تقسيم الأحكام القضائية

تمهيد وتقسيم

يعرف الحكم القضائي بانه هو القرار الصادر عن المحكمة المشكلة تشكيلا صحيحا في خصومة رفعت إليها وفق قواعد الإجراءات[1].

ويطلق اصطلاح الحكم على كل إعلان لفكر القاضي في إستعماله لسلطته القضائية[2]، وأيا كانت الجهة القضائية التي أصدرته[3]. وقد تنتهي الخصومة إلى صدور الحكم في موضوعها وهو الخاتمة الطبيعية للخصومة. وقد تنتهي الخصومة بدون صدور حكم في موضوعها. كالحكم الصادر بسقوط الخصومة. وقد لا تنتهي إلى صدور حكم ينهي النزاع أو ينهي الخصومة. كالحكم الصادر بإجراء تدبير مؤقت كتعيين حارس قضائي على العين المتنازع عليها أو يامر باتخاذ أجراء من إجراءات الاثبات.

وتبعا لذلك تنقسم الأحكام القضائية من حيث الحجية المترتبة عليها إلى أحكام قطعية وأحكام غير قطعية. وتنقسم أيضا من حيث قابليتها للطعن فيها إلى أحكام

1- أحمد أبو الوفا. المرافعات. المرجع السابق. ص 713.

2- فتحي والي. الوسيط. المرجع السابق. ص 612.

3- يستعمل المشرع الجزائري، اصطلاح الحكم و يطلق على أحكام المحاكم الدنيا، ويطلق اصطلاح القرار على أحكام المحاكم العليا كالمجالس القضائية والمحكمة العليا، ويطلق اصطلاح الأمر على الأحكام المستعجلة على القرارات الولائية، ويطلق أيضا اصطلاح الأحكام على أحكام المحكمين ويطلق أيضا اصطلاح الأحكام المستعجلة وعلى القرارات الولائية. (sentence)

ابتدائية وانتهائية وباتة . ومن حيث صدورها في مواجهة المحكوم عليه إلى أحكام حضورية وغيابية . ومن حيث قابليتها للطعن المباشر إلى أحكام يجوز الطعن فيها مباشرة , وأحكام لا يجوز الطعن فيها إلا مع الحكم القطعي الصادر في الموضوع وتنقسم أيضا من حيث صدورها في موضوع الدعوى أو في مسألة فرعية إلى أحكام موضوعية وأحكام فرعية أو إجرائية أي أحكام الصادرة في الموضوع وأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع.

ومن ثمة سأقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: الأحكام القطعية والأحكام غير القطعية.

المطلب الثاني: الأحكام الابتدائية والانتهائية والباتة

المطلب الثالث: الأحكام الحضورية والغيابية.

المطلب الرابع: الأحكام الصادرة في الموضوع والصادرة قبل الفصل في الموضوع.

وإلى تفصيل هذه المسائل فيما يلي:

المطلب الأول
الأحكام القطعية والأحكام غير القطعية.

تنص المادة 296 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن:

" الحكم في الموضوع هو الحكم الفاصل كليا أو جزئيا في موضوع النزاع أو في دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول أو في أي طلب عارض.

ويكون هذا الحكم بمجرد النطق به ، حائز لحجية الشيئ المقضي فيه في النزاع المفصول فيه "[1]

هذا النص يخلط بين الأحكام التي تحسم النزاع في موضوع الدعوى أو في شق منه وبين الأحكام الصادرة في مسألة متفرعة عنه مثل الحكم الصادر باختصاص أو بعدم اختصاص المحكمة أو الحكم بعدم قبول الدعوى او الحكم بسقوط الخصومة أو الحكم بجواز أو بعدم جواز الاثبات بالبينة أو الحكم ببطلان إجراءات المطالبة القضائية أو الحكم في الادعاء بالتزوير بصحة أو بعدم صحة الورقة.

فهذه كلها أحكام قطعية ، فالأحكام الصادرة في موضوع أو جزء منه تحوز الحجية ، اما الأحكام الصادرة في مسألة متفرعة كالحكم باختصاص أوعدم اختصاص المحكمة أو بسقوط الخصومة أو ببطلان اجراءات المطالبة القضائية فهي أحكام قطعية ، ولكنها لا تحوز حجية الشيئ المقضي فيه ، أنها لم تفصل في موضوع النزاع ولكن المحكمة تستنفذ ولايتها بصدورها.

1-يعرف هذا النص الحكم الفاصل في الموضوع ، وهو الحكم الذي يفصل كليا أو جزئيا في النزاع أوفي دفع شكلي أوفي دفع بعدم القبول أو في طلب عارض ، إن الحكم الذي يفصل في النزاع فصلا كليا أو جزئيا هو الذي يوصف بالحكم الفاصل في موضوع النزاع ، الذي يحوز حجية الشيء المقضي به.

اما الحكم الصادر في الدفع الشكلي ، كالحكم الصادر بعدم الإختصاص أو ببطلان إجراءات المطالبة القضائية أو بجواز أو عدم جواز الإثبات بالبينة ، كل هذه الأحكام لم تفصل في الموضوع ، ومن ثمة فهي لا تحوز على حجية الشيء المقضي به ، لكنها تستنفذ المحكمة بها ولايتها.

أما الحكم الصادر بعدم القبول ، هو حكم صادر أيضا قبل الفصل في الموضوع ، وهذا ما تؤكد عليه المادة 67 من نفس القانون ، على أن الدفع بعدم القبول ... وذلك دون النظر في موضوع النزاع"

والحكم الصادر بعدم القبول تستنفذ به المحكمة ولايتها.

وفي الحقيقة ، فإن المشرع يخلط بين الأحكام القطعية ، وهي الأحكام التي تنهي الخصومة وتستنفذ بها المحكمة ولايتها ، والأحكام الصادرة في الموضوع وهي التي تحوز حجية الشيء المقضي فيه والأحكام القطعية بدورها تنقسم إلى أحكام صادرة في الموضوع كالأحكام الصادرة برفض الدعوى ، أو بإلزام المدين بالأداء ، وأحكام صادرة قبل الفصل في الموضوع التي تنهي الخصومة وتستنفذ بها المحكمة ولايتها غير أنها لا تحوز حجية الشيء المقضي به ، كالحكم الصادر ببطلان إجراءات الخصومة أو بعدم قبول الدعوى لكون المصلحة غير قائمة ولا حالة.

ولذلك ليس كل الأحكام القطعية التي تستنفذ بها المحكمة ولايتها تحوز الحجية.

وتبعا لذلك يجب أن تفسر الأحكام الواردة في المادة 296 على أنها أحكام قطعية تستنفذ بها المحكمة ولايتها ولا تحوز على حجية الشيء المقضي به إلا تلك الأحكام الصادرة في الموضوع ، والمشرع يقصد بالأحكام الواردة في تلك المادة بالأحكام القطعية التي تستنفذ بها المحكمة ولايتها.

ولذلك فالمشرع يختلط بين الأحكام القطعية التي تحسم النزاع كليا أو جزئيا . فهذه تحوز الحجية . وبين الأحكام القطعية الصادرة في مسألة فرعية وتنتهي بها الخصومة فهذه تستنفذ بها المحكمة ولايتها . وهذا ما تعبر عنه المادة 297 من نفس القانون . على أن يتخلى القاضي عن النزاع الذي فصل فيه بمجرد النطق بالحكم. ويعني بذلك أن القاضي يستنفذ ولايته بمجرد النطق بالحكم القطعي. واستنفاد الولاية أمر يتعلق بالنظام العام. يثيره القاضي تلقائيا . كأن ترفع الدعوى إلى المحكمة التي سبق لها أن فصلت بعدم الاختصاص ، ثم يعاد رفع نفس الدعوى أمام المحكمة . فتكون قد استنفذت ولايتها.

وبين الأحكام غير القطعية . وهي تلك الأحكام التي تنص عليها المادة 298 من نفس القانون ، حيث جاء فيها ما يلي:

" الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع هو الحكم الآمر باجراء تحقيق أو تدبير مؤقة.

لا يحوز هذا الحكم حجية الشيئ المقضي فيه . ولا يترتب على هذا الحكم تخلي القاضي عن النزاع ".

إذن الأحكام غير القطعية هي تلك الأحكام الرامية إلى اتخاذ اجراء تحفظي او وقتي ، مثل تعيين حارس قضائي على عين متنازع عليها أو تقرير نفقة مؤقتة . أو الحكم بسير الدعوى المتعلق باجراءات الاثبات كالحكم الصادر بضم الدعويين أو الحكم بانتقال المحكمة لمعاينة العقار المتنازع عليه.

والحكم غير القطعي هو الذي لا يترتب عليه تخلي القاضي عن النزاع, أما الحكم القطعي هو الذي يفصل في موضوع النزاع كليا أو جزئيا و يحوز الحجية . وقد يفصل في المسائل الفرعية, كالحكم بعدم الاختصاص أو سقوط الخصومة فلا تحوز الحجية, و إنما تستنفد المحكمة بشأنها ولايتها. أما الأحكام غير القطعية فهي التي لا تستنفذ المحكمة ولايتها بشأنها.

هذا بعد أن تطرقت إلى الأحكام القطعية وميزنا بين الأحكام القطعية التي تحوز الحجية والأحكام القطعية التي تستنفذ بها المحكمة ولايتها, والأحكام غير القطعية التي لا تحوز على الحجية ولا تستنفذ المحكمة ولايتها, انتقل الأن إلى تناول الأحكام الإبتدائية والإنتهائية والباتة على النحو التالي:

المطلب الثاني
الأحكام الإبتدائية و الإنتهائية و الباتة

تنص المادة 3/33 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن تفصل المحكمة في جميع الدعاوى الأخرى بأحكام قابلة للإستئناف.

ومن ثمة فإن كل الأحكام الإبتدائية التي تصدرها المحكمة تقبل الطعن فيها بالإستئناف كقاعدة عامة.

غير أنه يرد استثناء على هذه القاعدة, وهي ان تفصل المحكمة إبتدائيا وانتهائيا في بعض الدعاوى التي ينص عليها القانون, مثل الدعاوى المنصوص عليه بالمادة 1/33 المشار إليها أعلاه.

ويعد الحكم انتهائيا مادام لا يقبل الطعن فيه بالإستئناف, ولو كان غيابيا, وذلك ان جميع الأحكام قابلة للطعن فيها بالإستئناف والمعارضة مالم ينص القانون على خلاف ذلك.

وتبعا لذلك ، فإذا صدر الحكم غيابيا وانتهائيا فهو لايقبل الطعن فيه بالإستئناف ، لكنه يقبل الطعن فيه بالمعارضة ، لأن القانون لم ينص على عدم قابلية الطعن فيه بالمعارضة.

لكن الحكم الإنتهائي إذا كان لا يقبل الطعن فيه بالإستئناف غير أنه يمكن الطعن فيه بالنقض أو إلتماس إعادة النظر.

أما الأحكام الباتة irrevocables ، وهي تلك الأحكام التي لا تقبل الطعن فيها بطرق الطعن العادية وغير العادية ، التي استنفذت جميع طرق الطعن ، حيث تم تبليغ الحكم إلى المحكوم عليه و لم يطعن فيه بالإستئناف حتى انقضاء الميعاد ، فيصبح حكما باتا غير قابل لأي طريق من طرق الطعن ، أو الحكم الذي استنفذ جميع طرق الطعن العادية وغير العادية ، فيصبح حكما غير قابل لأي طريق من طرق الطعن فهو بات.

المطلب الثالث
الأحكام الحضورية والغيابيـــة

إن المشرع يميز بين الحكم الحضوري والحكم الحضوري الإعتباري والحكم الغيابي ،وأتطرق إلى كل نوع من الأحكام على الوجه التالي:

1) الحكم الحضوري:

تنص المادة 288 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، على مايلي:

"يكون الحكم حضوريا ، إذا حضر الخصوم شخصيا ، أو ممثلين بوكلائهم أو محاميهم أثناء الخصومة أو قدموا مذكرات حتى ولو لم يبدوا ملاحظاتهم الشفوية"

إذن يكون الحكم حضوريا ، إذا حضر المدعى عليه بشخصه أمام المحكمة أو كان ممثلا بوكيل أو محام ، أو قدم مذكرة ،في هذه الأحوال يصدر الحكم حضوريا ، ويترتب عليه أثر وهو عدم قبول هذا الحكم الطعن فيه بالمعارضة ، بل يقبل الطعن فيه بالإستئناف.

2) الحكم الحضوري الإعتباري:

تنص المادة 293 من نفس القانون ، على ما يلي:"إذا تخلف المدعى عليه المكلف بالحضور شخصيا أو وكيله ، أو محاميه عن الحضور ،يفصل بحكم اعتباري حضوري".

فالحكم الحضوري هو حضور المدعى عليه بشخصه أو يحضر بواسطة ممثل عنه كالوكيل أو المحامي ، في حين أن الحكم الحضوري الإعتباري ، هو الذي يتم فيه تسليم الإعلان للمدعى عليه شخصيا ، ورغم ذلك لا يحضر بنفسه أو بواسطة وكيل أو محام عنه ، ففي هذه الحالة يصدر الحكم حضوريا إعتباريا.

والحكم الحضوري أو الحضوري الإعتباري كلاهما لا يقبلان الطعن فيهما بالمعارضة، ويقبلان الطعن فيهما بالإستئناف..

إذن التمييز بين الحكم الحضوري والحضوري الإعتباري لا يترتب عليه أي أثر، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد نقل المصطلحات من القانون الفرنسي. ولم ينقل الأثر المترتب على التمييز بين النوعين من الأحكام في القانون الفرنسي.

المشرع الفرنسي يميز بين الحكم الحضوري والحضوري الإعتباري بمراعاة إجراءات معينة، ذلك إذا كان الحكم غير قابل للإستئناف ، ولم يتم إعلان المدعى عليه بشخصه ،ففي هذه الحالة لا يجوز اعتبار الحكم حضوريا اعتباريا إلا بعد إعلان المدعى عليه الغائب لشخصه إعلانا صحيحا[1].

ومن ثمة لا يترتب أي إثر على هذا التمييز في القانون الجزائري بين الحكم الحضوري والحضوري الإعتباري، ولذلك إذا صدر حكم وتم وصفه بأنه حضوري وهوفي الحقيقة حضوري اعتباري أو العكس، فلا يترتب أي أثر على ذلك، كلاهما غير قابلين للطعن فيهما بالمعارضة، ويقبلان الطعن فيهما بالإستئناف.

وتبعا لذلك، فإن الحكم الصادر لا يحتمل إلا أحد الوصفين إما أن يكون حضوريا أو غيابيا ولذلك يتعين التطرق إلى إلى الحكم الغيابي، كما يلي:

3)-الحكم الغيابي:

تنص المادة 292 من نفس القانون، على ما يلي:

"إذا لم يحضر المدعى عليه أو وكيله أو محاميه، رغم صحة التكليف بالحضور، يفصل القاضي غيابيا"

فالحكم الغيابي هو الذي يتم فيه الإعلان، لغير شخص المدعى عليه، ويتم تسليم التكليف بالحضور إلى أحد الأشخاص المؤهلين للإستلام، فإذا لم يتبعه حضور المدعى

1 - الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق ،ص 227.

عليه بشخصه أو حضوره بواسطة وكيل أو محام عنه أمام المحكمة ، يفصل القاضي في الدعوى بحكم غيابي قابل للطعن فيه بالمعارضة.

إذن النتائج المترتبة على التمييزبين الحكم الحضوري أو الحضوري الإعتباري ، والحكم الغيابي هو أن هذا الأخير يقبل الطعن فيه بالمعارضة . في حين الأول سواء صدر حضوريا أو حضوريا اعتباريا ، غير قابلين للطعن فيهما بالمعارضة.

والطعن بالمعارضة في الحكم الغيابي ، يترتب عليه بطلان الحكم الغيابي ، وذلك ما تقضي به المادة 327 من نفس القانون ، واستثنت الحكم أو القرارالمشمول بالنفاذ المعجل.

غير أن هذا الحكم مخالف للأصل العام الذي يقرر أن الأصل في الإجراءات هو الصحة ، والحكم بإعتباره عملا إجرائيا وأن الأصل فيه هو الصحة ، ومن يدعي خلاف ذلك أن يثبت وأن الحكم الغيابي مشوب بالبطلان ، فتقضي المحكمة ببطلانه ، ثم تقضي من جديد في الدعوى ، وأن تقرير أن المعارضة تلغي الحكم المعارض فيه ، هو حكم منقول من قانون الإجراءات الجزائية ، وأن الفلسفة التي يقوم عليها قانون الإجراءات الجزائية تختلف عن الفلسفة التي يقوم عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ذلك أن قانون الإجراءات الجزائية ، يتطلب أن يحكم القاضي بعد حضور المتهم وهو خال من أي حكم مسبق.

في حين أن قانون الإجراءات المدنية يقوم على مبدأ أن الأصل في الإعمال الإجرائية الصحة ، ومن يدعي خلاف ذلك أن يقوم بإثبات ذلك.

وأن اعتبار المعارضة تلغي الحكم المعارض فيه تضر بمصالح المدعي ، خاصة إذا تعلقت المعارضة بالحكم المنشيء فإن أثار هذا الحكم تترتب من تاريخ النطق بالحكم وليس من تاريخ المطالبة القضائية.

وبعد أن تطرقت إلى الأحكام الحضورية والغيابية ،انتقل الأن لدراسة الأحكام الصادرة في الموضوع والأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع على الوجه التالي:

المطلب الرابع
الأحكام الصادرة في الموضوع والصادرة قبل الفصل في الموضوع

كان قانون الإجراءات المدنية يجيز استئناف الأحكام التمهيدية فور صدورها ، ويمنع استئناف الأحكام التحضيرية إلا مع استئناف الحكم الصادر في الموضوع[1].

أما قانون الإجراءات المدنية والإدارية فهو لا يجيز استئناف الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع, سواء كانت تمهيدية أو تحضيرية فور صدورها إلا مع الحكم في الموضوع , وهذا ما تنص عليه المادة 334 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية, حيث جاء فيها مايلي:

"الأحكام الفاصلة في جزء من موضوع النزاع أو التي تأمر بالقيام بإجراءات من إجراءات التحقيق أو تدبير مؤقت , لا تقبل الإستئناف إلا مع الحكم الفاصل في أصل الدعوى برمتها مالم ينص القانون على خلاف ذلك"

إذن ينص هذا القانون على عدم جواز الطعن المباشر في الأحكام التي تصدر أثناء نظر الدعوى ولو كانت موضوعية تنهي جزءا من الخصومة وتبعا لذلك أصبحت القاعدة العامة تقرر أنه أي حكم يصدر أثناء نظرالدعوى, وقبل صدور الحكم المنهي للخصومة كلها أمام المحكمة التي أصدرته لا يقبل الطعن فيه مباشرة سواء كان حكما صادرا في جزء من

---

1 - انظر القرار الصادر عن المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، القسم الثالث بتاريخ 2010/01/21 رقم 607163 إذ جاء فيه مايلي:
" حيث أن الطاعن يعيب على القرار المطعون فيه بدعوى أنه خرق أحكام المادة 106 من قانون الإجراءات المدنية لما اعتبر الحكم المستأنف حكما تحضيريا ، في حين أن الحكم الصادر قبل الفصل في الموضع هو حكم تمهيدي....
وحيث أن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في محله ، ذلك أنه وللتمييز بين الحكم الحضوري والتمهيدي ، يجب البحث عن الحكم الصادر ماإذا كان يستشف منه اتجاه المحكمة من عدمه.
وحيث أنه رغم انكار الطاعن لمسؤوليته فإن قاض الدرجة الأولى قد اصدر حكما بتعيين خبير للقيام بالمهام المحددة فيه ، وبذلك يستشف من هذا الحكم اتجاه المحكمة بالنسبة لموضوع الدعوى ، ومن ثمة يعد هذا الحكم حكما تمهيديا قابلا للطعن فيه بالاستئناف."

الموضوع قطعيا منهيا لشق من الخصومة, لا يقبل الطعن المباشر فيه إلا مع الحكم الصادر في الموضوع ينهي الخصومة .

وتقبل جميع الأحكام القطعية الطعن المباشر فيها بعد صدورها وهي تلك الأحكام المنهية للخصومة, كالحكم الصادر ببطلان الإجراءات أو الحكم الصادر بعدم الإختصاص أو عدم القبول أو سقوط الخصومة, وذلك طبقا لما تنص عليه المادة 333 من نفس القانون.

إذن الأحكام التي تقبل الطعن فيها فور صدورها, هي الأحكام القطعية التي تنهي الخصومة, وتستنفذ المحكمة بشأنها ولايتها.

هذا وبعد أن تطرقت إلى التقسيمات المختلقة للأحكام القضائية , إنتقل إلى دراسة أسباب الأحكام القضائية على الوجه التالي:

المبحث الثالث
تسبيب الأحكام القضائية

تمهيد وتقسيم

يقصد بتسبيب الحكم القضائي هو بيان الأدلة الواقعية والأسانيد القانونية التي أخذت بها المحكمة[1] ، وأقامت عليها قضاءها واقتنعت بها ودفعتها أن تصدر الحكم على النحو الذي أصدرته[2].

1 - محمود السيد عمر التحيوي ، اصدار الحكم القضائي ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، ط 2010 ، ص 72.

2 - أحمد أبو الوفا ، المرافعات ، المرجع السابق ، ص 72.

ويقع التزام على عاتق القاضي أن يقوم بتسبيب الأحكام التي يصدرها حيث يوجب القانون في المادة 277 على أنه " لايجوز النطق بالحكم إلا بعد تسبيبه ، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون..."[1].

وتبعا لذلك ، يوجب القانون على القاضي أن يقوم بتسبيب حكمه قبل النطق به ، وذلك من أجل حثه على أن يتروى قبل إصداره . وأن يقدم برهانا على عدالة حكمه ، لأن كل تطبيق للقانون يفترض تفكيرا منطقيا يؤدي إليه ، ويخضع تسبيب الأحكام إلى مجموعة القواعد ، وهي أن تكون الأسباب كافية ، وأن يتم تسبيب كل قضاء ورد في منطوق الحكم ، وأن يستمد الحكم أسبابه من وقائع الدعوى ومن أدلة الاثبات المقدمة فيها ، وأن ترد الأسباب في ورقة الحكم ، وأن تأتي الأسباب واضحة ومحددة وغير متناقضة.

ومن ثمة يجب تقسيم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

---

1 - انظر القرار الصادر بتاريخ 1977/04/07 رقم 189397 عن المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، القسم الأول ، غير منشور ، جاء فيه مايلي :
" ينعي الطاعنون على القرار المطعون فيه ويستندون في ذلك إلى أنهم تمسكوا بانعدام الصفة لدى المطعون عليها كما هو ثابت من شهادة ازديادهما ثابت أنها بنت (ش ل) وليس (ش ق) وعدم الرد على هذا الوجه يعد قصورا في الأسباب يعرض القرار المطعون فيه للنقض.
وحيث أن ما يعيبه الطاعنون على القرار المطعون فيه في محله ، ذلك أنهم تمسكوا بانعدام الصفة لدى المطعون عليها وقد قدمواشهادة ميلادها تثبت أنها بنت (ش ل) وليس (ق).
غير أن قضاة الموضوع قد ردوا على هذا الدفع أنه يستحيل أن تتجرأ المطعون عليها لتدعي بأنها بنت مورث الطاعنين وهي من فراش أخر وتعرض نفسها للعقوبة في حالة الادعاء الكاذب كما جاء في اعتراضها.
وحيث أن مثل هذا التسبيب يعد مساسا بمبدأ حياد القاضي من جهة.
كما أن التسبيب يتطلب من القاضي أن يرد على الوجه المتمسك به أمامه بأسباب كافية وقادرة على حمل النتيجة التي توصل إليها في النهاية.
وحيث أن التسبيب الذي أورده قضاة الموضوع يعد تسبيبا قاصرا قصورا يبطله".

المطلب الأول: يجب أن تكون الأسباب كافية.

المطلب الثاني: يجب تسبيب كل قضاء ورد في المنطوق.

المطلب الثالث: يجب أن تستمد الأسباب من وقائع القضية وأدلتها.

المطلب الرابع: يجب أن ترد الأسباب في ورقة الحكم.

المطلب الخامس: يجب أن تكون الأسباب واضحة غير متناقضة.

وإلى تفصيل هذه المسائل فيما يلي:

المطلب الأول
يجب أن تكون الأسباب كافية

لكي تستوفي الأسباب شرط كفايتها ، يجب على المحكمة أن ترد في تسبيب حكمها على كل طلب أو دفع أو دفاع قدم في القضية[1] ، وأن تكون كافية . وإلا كانت معيبة بعيب القصور . ولتحقيق ذلك يجب مراعاة مايلي[2]:

1- يجب على المحكمة أن تبين الوقائع المنتجة في الدعوى والأدلة التي قدمها الخصوم.

ويقصد بالوقائع المنتجة في الدعوى عناصر الطلب القضائي حيث يقوم القاضي باستخلاص هذه العناصر التي تتلخص في عنصر الأشخاص ، فيجب أن يقوم بالتحقق من وجود عنصر الأشخاص من الناحية القانونية . فإن كثيرا ما يتم مباشرة الدعوى من

---

1 - محمود السيد عمر التحيوي ، المرجع السابق ، ص 74.

2 - فتحي والي ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص 636

شخص أو على شخص غير موجود من الناحية القانونية[1] .ويجب تحديد شخصية الخصم تحديدا نافيا للجهالة ، وعدم تحديد شخصية الخصم يترتب عليها البطلان.

إلى جانب ذلك ، يجب على القاضي ان يقوم باستخلاص عنصر الموضوع أي ما يطلبه المدعي ، ويستخلص ذلك من عريضة افتتاح الخصومة ومن الطلبات الختامية ، فإذا كان المدعي يطلب تعويضا عن الضرر ، فيجب عليه أن يحدد مبلغ التعويض ، وإذا كان يطلب بملكية العقار ، فيجب عليه أن يقوم بتعيين هذا العقارتعيينا كافيا نافيا للجهالة ، بذكر موقعه ومساحته ورقمه وحدوده إلخ... وعدم تحديد موضوع الطلب القضائي ، يترتب عليه البطلان.

إلى جانب عنصر الأشخاص والموضوع ، أن يقوم باستخلاص عنصر سبب الطلب القضائي الذي يستند عليه الخصم في دعواه ، ثم يبين الأدلة والمستندات التي يعتمد عليها المدعي لإثبات هذا السبب ، وعدم تحديد سبب الطلب القضائي تحديدا كافيا يترتب عليه البطلان ، وأخيرا ينتقل إلى استخلاص مسائل الدفاع والدفوع التي يتمسك بها المدعى عليه.

1 - انظر القرار الصادر بتاريخ 2012/01/19 رقم الفهرس 746610 عن المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، القسم الثالث ، غير منشور ، حيث جاء فيه مايلي:

"حيث أنه وكما يتبين من القرار المطعون فيه ، أنه تم رفع الدعوى على مدير أملاك الدولة بولاية الطارف ومن معه.

في حين أن مديرية أملاك الدولة ، ليست إلا هيكلا إداريا لا يتمتع بالشخصية المعنوية ، ومن ثمة ليست لها الوجود القانوني.

وإذا كان مدير أملاك الدولة يتمتع بالصفة الأجرائية ، في تمثيل وزير المالية أمام المحاكم والمجالس القضائية ،طبقا لما تقضي به المادة 2 القرار الوزاري المؤرخ في 20 فبراير 1999 ، إذا كان النزاع يتعلق بالأموال التي تعود ملكيتها للدولة.

غير أن الدعوى القضائية -إذا كان النزاع يتعلق بالأموال العامة التي تعود ملكيتها للدولة – يجب أن ترفع على وزير المالية ، باعتباره صاحب الصفة الموضوعية في الدعوى ، في حين أن مديرية أملاك الدولة يجب أن يظهر على صعيد إجراءات الخصومة ممثلا لصاحب الصفة الموضوعية في الدعوى.

وتبعا لذلك ، فإن رفع الدعوى على مدير أملاك الدولة ، تكون بذلك الدعوى ، قد رفعت على شخص لا يحوز على أهلية الاختصام ، مما يعد ذلك خرقا لأحكام المادة 1/64 من قنون الإجراءات المدنية ، يعرض القرار المطعون فيه للنقض ، وبغير حاجة إلى مناقشة الأوجه المثارة ".

2- تكييف وقائع الدعوى فيجب على القاضي أن يقوم بتكييف وقائع الدعوى، فيبين ما إذا كانت هذه الوقائع تولد دعوى الحيازة أم دعوى الملكية[1]. أم أنها تولد دعوى المسؤولية العقدية أم المسؤولية التقصيرية إلخ....

وبعد ما يقوم القاضي بتكييف وقائع الدعوى، ويبين طبيعة النزاع، وبالتالي يحدد طرق الاثبات التي يخضع لها، ثم يبين الأدلة التي يتمسك بها كل خصم.

3- وفي الأخير يبين القاضي الدليل الذي اقتنع به والذي يسوغ النتيجة التي انتهى إليها، معتمدا على الاستدلال المنطقي الذي يحمل النتيجة التي توصل إليها والتي تظهر في شكل منطوق.وبذلك يكون قد أعمل التقدير المطلوب أي قام بتطبيق القاعدة القانونية على الوقائع المطروحة عليه، مما يمكنه من النطق بالقرار المطلوب إصداره.

إذن استخلاص نتيجة معينة من دليل ما يخضع لعملية منطقية، يقوم بها القاضي مستعملا ذكاءه وخبرته العملية، مبينا القاعدة القانونية التي طبقها على النزاع، دون حاجة إلى الإشارة إلى النص القانوني الذي تضمنته القاعدة القانوينة[2].

---

1 - انظر القرار الصادر بتاريخ 06 ماي 1998 رقم 165524 عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القسم الأول، غير منشور، حيث جاء فيه مايلي:

" حيث أن الطاعن ينعى على القرار المطعون فيه بدعوى أن المطعون ضدهم قد سبق لهم أن سلكوا دعوى الملكية من خلال دعواهم التي انتهت إلى صدور حكم مؤرخ في 1994/01/30 والذي قضى برفض دعواهم في الحال وبعد صدور هذا الحكم والذي تمسكوا فيه بالملكية رفعوا دعوى جديدة تتعلق بنفس القطعة الأرضية محل النزاع زاعمين بحيازتهم لها فانتهى النزاع إلى صدور القرار محل الطعن بالنقض الذي اعتبر هذه الدعوى الأخيرة هي دعوى حيازة مما يعد ذلك جمعا بين دعوى الملكية ودعوى الحيازة وهو ما يشكل خرقا لأحكام المادة 418 من قانون الإجراءات المدنية يعرض القرار المطعون فيه للنقض،

وحيث أن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في محله، وذلك أن قضاة المجلس اعتبروا هذه الدعوى الأخيرة هي دعوى الحيازة وفصلوا فيها على هذا الأساس، في حين أن المطعون ضدهم قد سبق لهم أن رفعوا دعوى الملكية مما يعد ذلك جمعا بين دعوى الملكية ودعوى الحيازة يترتب عليه سقوط دعوى الحيازة وبقاء دعوى الملكية وبالتالي يجب على قضاة الموضوع أن يفصلوا في النزاع على اساس دعوى الملكية وليس دعوى الحيازة التي سقطت نتيجة الجمع بينهما ولما فصلوا قضاة الموضوع على هذا الأساس فقد عرضوا بذلك قضاءهم للبطلان".

2 - فتحي والي، الوسيط، المرجع السابق، ص 637.

المطلب الثاني
يجب تسبيب كل قضاء ورد في المنطوق

يستقل قاضي الموضوع في تقدير وقائع الدعوى وتحصيل فهمها ، مادام قد التزم احترام قواعد الاثبات.

غير أنه يجب عليه أن يورد العناصر الواقعية[1]- عناصر الطلب القضائي – في الدعوى وتحصيل فهمها ، لأن هذا البيان هو الذي يمكن القاضي من القيام بعملية التكييف القانوني و تطبيقه ويدخل كل من التكييف القانوني و تطبيقه تحت رقابة المحكمة العليا ، بإعتبارهما من المسائل القانونية وجدير بالملاحظة فإن نقص في الأسباب الواقعية تعرض الحكم إلى البطلان ، في حين أن القصور في الأسباب القانونية لا يعيب الحكم ، لأن العبرة بالنسبة للقانون هو بالنتيجة التي يصل إليها الحكم في منطوقه وإذا كانت النتيجة صحيحة و في

---

1 - انظر القرار الصادر بتاريخ 2005/09/21 رقم 366675 عن المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، القسم الثالث ، غير منشور ، حيث جاء فيه مايلي:
"ومفاد ذلك أن الطاعنين تمسكوا بطلب ابطال الحكم المستأنف بدعوى أنه لايحمل في طلباته لا اسم ولا لقب أو مهنته أو عنوان المطعون عليه لكن المجلس رد على هذا الدفع بقوله: ان الدفع ببطلان الحكم لعدم ذكر مهنة وموطن المستأنف عليه غير مؤسس مما يعد ذلك قصورا في الأسباب يعرض القرار المطعون فيه للنقض.
وحيث أن ما يعيبه الطاعنون على القرار المطعون فيه في محله ، ذلك أنه ولصحة المطالبة القضائية ، يجب أن تكون عناصر الطلب القضائي معينة تعيينا كافيا.
وحيث أنه ولكي يكون عنصر الأشخاص معينا تعيينا ، كافيا ، وهو ما تكفلت بتوضيحه المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية ، من ذكر إسم ولقب ومهنته وموطن كل من المدعي والمدعى عليه ، وأي نقص في احد البيانات المذكورة أعلاه ، إذا أدت إلى تجهيل بشخصية الخصم أدى ذلك إلى بطلان المطالبة القضائية.
وحيث أن قضاة الموضوع عندما تمسك أمامهم بطلب إبطال الحكم المستأنف ، لأنه كان مبنيا على إجراء باطل يتمثل في عدم تعيين شخصية الخصم لعدم ذكر مهنته وموطنه وإكتفائهم برفض هذا الوجه دون تبيان وبأسباب كافية ، أن عدم ذكر مهنته وموطن الخصم لا يؤدي إلى التجهيل به ، يعد ذلك قصورا في الأسباب يعرض قضاءهم للبطلان"..

حين أن الأسباب القانونية غير سليمة فلا يعيب الحكم الخطأ أو القصور في الأسباب القانونية[1].

وإذا كان منطوق الحكم أو القرار يتكون أكثر من شق واحد، يجب على القاضي أن يقوم بتسبيب كل شق على حدة و لأن كل شق يجب أن ينظر إليه على أنه يكون دعوى في حد ذاته ، فمثلا إن إنتهى في المنطوق برفض الدفع بعدم القبول لعدم انقضاء الإلتزام بالتقادم، والقضاء على المدعي عليه بأداء معين فيجب تبيان الأسباب التي أدت إلى التصريح برفض الدفع بعدم القبول، وكذا الأسباب التي أدت إلى القضاء على المدعى عليه بهذا الأداء.

---

1 - محمود السيد عمر التحيوي ، المرجع السابق ، ص 84.

- انظر القرار الصادر بتاريخ 2011/01/20 رقم 625605 عن المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، القسم الثالث ، غير منشور ، حيث جاء فيه مايلي:

" حيث ان الطاعن يعيب على القرار المطعون فيه بدعوى أنه كان يرمي من خلال الدعوى التي رفعها إلى إلغاء قرار التنازل المحرر بتاريخ 1996/09/08 ، وأنه تمسك وان هذا التصرف هو بمثابة وعد بالبيع ، وله حق التراجع عنه.

وحيث أن هذا التنازل يتضمن التصريح من طرفه أنه تعهد بالتنازل ودون مقابل ، واعتبار قضاة الموضوع هذا التصرف بمثابة وعد بالبيع يعد خطأ في تطبيق المادة 72 من القانون المدني يعرض قضاءهم للنقض.

وحيث أن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في غير محله ، ذلك أن النتيجة التي توصل إليها قضاة الموضوع والتي تتمثل في رفض دعوى الطاعن الرامية إلى إلغاء التنازل الصادر منه لفائدة المطعون عليها كانت صحيحية.

غير أن الأسباب التي اعتمد عليها قضاة الموضوع للوصول إلى رفض دعوى الطاعن على أساس أن التصرف الذي قام به الطاعن هو بمثابة وعد بالبيع ، تعد تلك الأسباب خاطئة.

وحيث أن التصرف الذي قام به الطاعن تصرف يأخذ حكم الهبة ، ذلك أنه قام بالتنازل عن نصف السكن لفائدة المطعون عليها بدون مقابل.

وحيث أن كل تصرف بدون مقابل يأخذ حكم الهبة ، وبالتالي لا يجوز للواهب الرجوع عن الهبة.

وحيث أن قضاة الموضوع لما انتهوا إلى رفض طلب الطاعن في الرجوع عن التصرف الذي قام به ليس باعتباره وعدا بالبيع، وإنما يعد هذا التصرف عقد هبة لا يجوز الرجوع فيه وتبعا لذلك يتعين استبدال تلك الأسباب الخاطئة الواردة في القرارالمطعون فيه ، بالأسباب الواردة في قرار المحكمة العليا...."

المطلب الثالث
يجب أن يستمد الحكم اسبابه من وقائع الدعوى وأدلتها

كل دعوى قضائية تتكون من عنصرين ، عنصر الواقع وعنصر القانون ، ويشمل عنصر الواقع كل ما يطرحه الخصوم من الوقائع وأدلة الإثبات في الدعوى ، فيجب على القاضي أن يؤسس حكمه على هذه الوقائع والأدلة ، ولا يجوز له مخالفة ما هو ثابت منها[1] ، أو أن يستند إلى الوقائع أو الأدلة المقدمة من الخصوم في دعوى أخرى ، أو يبني حكمه على عناصر أو أدلة لم تطرح عليه في الخصومة ولم يناقشها الخصوم[2]. وتبعا لذلك يحظر على القاضي أن يقوم بتغيير وقائع الدعوى ، أي محظور عليه أن يغير عناصر الطلب القاضي ، فإذا قام بذلك يكون قد تدخل في عنصر الواقع ، مما يؤدي به إلى المساس بمبدأ الحياد.في حين أن عنصر القانون ، يدخل في إختصاص القاضي فهو الذي يعرفه ويقوم بتطبيقه تلقائيا أي يقوم بتطبيق القاعدة القانونية الواجبة ولو كانت تخالف القاعدة القانونية التي يتمسك بها الخصم . لأنه من حقه أن يطرح القاعدة القانونية التي يتمسك به الخصم ، ويقوم بإرساء القاعدة القانونية على مجموع الوقائع المطروحة عليه من الخصم ، وتبعا لذلك يمنع على القاضي أن يغير من عناصر الطلب القضائي غير أنه وإستثناء من القاعدة العامة فإنه يجوز له أن يقوم بتغيير عنصر الأشخاص ، وذلك طبقا لما تقضي به المادة 201 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وذلك بإدخال الغير في الخصومة ، بشرط أن يكون هذا الإدخال مفيدا لحسن سير العدالة أو لإظهار الحقيقة.كما أنه لا يجب أن يحكم القاضي بعلمه الشخصي ، ويستثنى من هذا الحظر المعلومات العامة التي يفترض علم الكافة بها ، وكذلك المعلومات التي يستقيها القاضي من خبرته وثقافته العامة وكذا المعلومات المشهورة التي يعتمد عليها في حكمه[3].

1- فتحي والي ، الوسيط المرجع السابق ص 636.

2- محمود السيد عمر التحيوي ، المرجع السابق ص 87.

3- محمود السيد عمر التحيوي ، المرجع السابق .ص 85.

المطلب الرابع
يجب أن تكون الأسباب واضحة ومحددة غير متناقضة

يجب على القاضي أن يبين بوضح الوقائع[1] والأدلة التي اعتمدها لتكوين اقتناعه، مما يمكن المحكمة العليا من بسط رقابتها على ثبوت هذه الوقائع، ودليل هذا الثبوت، للتحقق من أنه من الأدلة التي يسمح القانون بناء الحكم عليها.

وتبعا لذلك، فلا يكفي ابداء اسباب مبهمة أو غامضة أو مجملة، فلا ينبغي أن يقتصر القاضي على رفض طلب ما على أساس أنه غير مبرر أو غير مؤسس وغيرها من العبارات الغامضة، حيث تعجز المحكمة العليا من مراقبة صحة تطبيق القانون على وقائع النزاع.

يجب على القاضي أن يرد على كل ادعاء تمسك به أحد الخصوم بأسباب كافية، سواء تعلق الأمر بطلب أو دفع أو دفاع، فيتعين عليه أن يسبب حكمه بالرد على كل طلب وأن يبدي رأيه بالنسبة لكل دفع أو دفاع مطروح عليه.

لكنه غير ملزم بتعقب جميع أقوال ومستندات وحجج الخصوم ومناقشتها جميعا، بل يكفي أن يقيم حكمه على ما يصلح من الأدلة لحمله، وطرح الباقي، فهو مقيد بمناقشة الوقائع المنتجة في الدعوى والتي يتغير بها وجهها، وطرح الباقي مادام غير منتج في الدعوى.

1 - فتحي والي، الوسيط، المرجع السابق، ص634
- يقصد بوقائع القضية المنتجة في الدعوى، عناصر الطلب القضائي المتمثلة في عنصر الأشخاص والمحل والسبب وأدلة الاثبات التي تنصب على عنصر السبب اثباتا ونفيا.

وينبغي ألا يوجد تناقض بين أسباب الحكم . فإذا أدى التناقض إلى ما تتماحى به الأسباب ، فلا يبقى ما يمكن حمل الحكم عليه ، ولا يمكن فهم منطوق الحكم على أي أساس اقيم عليه[1] ، ولا يصح أن تكون الأسباب متناقضة مع المنطوق ، كأن ينتهي القاضي في أسباب الحكم إلى أن المدعي هو المالك للعقار المتنازع عليه ، ثم يصرح في منطوق الحكم إلى رفض الدعوى[2].

ولا يعيب الحكم ، أن ترد فيه أسباب زائدة ، هي تلك الأسباب التي لا يحتاج الحكم إليها لحمل قضائه ، فالحكم يستقيم بغيرها.

بعد أن تطرقت إلى تسبيب الحكم ، حين تعد الأسباب بمثابة العمود الفقري حيث لا يقوم الحكم بغيرها ، لكنه إذا صدر الحكم فيترتب عليه مجموعة الآثار القانونية وهي المسألة التي أتناولها فيما يلي:

---

1 - فتحي والي ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص 641.

- أحمد أبوالوفا ، المرافعات ، المرجع السابق ، ص 754.

2 - القرار الصادر بتاريخ 2006/05/24 رقم 333898 عن المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، القسم الثالث ، غير منشور ، حيث جاء فيه مايلي:

" حيث أن الطاعنة تنعى على القرار المطعون فيه بالتناقض في الأسباب ، وذلك أن قضاة الموضوع اعتمدوا على تواجد المرحومة فاطمة بالمستشفى لإلغاء عقد الهبة على اعتبار أنها كانت في حالة مرض الموت ، وأنه لا يرجى شفاؤها ولم تكن تتمتع بقواها العقلية.

وحيث أن ما تعيبه الطاعنة على القرار المطعون فيه في محله ، ذلك أن قضاة الموضوع اكتفوا بالقول: أن الواهبة توفيت خلال سنة من المرض الذي لا يرجى شفاؤه ، فهذا تعليل قاصر ، ذلك أن كل مرض و لو أدى إلى إدخال صاحبه إلى المستشفى لا يعد مرض الموت بل كان يجب على قضاة الموضوع أن يبينوا نوع المرض الذي أصاب الواهبة وما إذا كان بالفعل من الأمراض المهلكة التي لا يرجى شفاؤها منه من جهة. كما أن قضاة الموضوع اعتمدوا على القول أن الواهبة لم تكن تتمتع بقواها العقلية أنذاك . في حين أنه لا يجوز لهم أن يعتبروا الشخص محجورا عليه ، فلا يمكن له أن يتصرف في مرض الموت ، لأن المحجور عليه فاقد التمييز فهو لا يميز ما بين مرض الموت والموت العادي.وحيث أن قضاة الموضوع عندما اعتبروا الواهبة قد تصرفت في مرض الموت ، وفي ذات الوقت لن تكن تتمتع بقواها العقلية ، يعد ذلك تناقضا في الأسباب يعرض القرار المطعون فيه للنقض"

المبحث الرابع
آثار الحكم القضائي

بمجرد صدور الحكم تترتب عليه آثار هي كما يلي:

أولا: خروج النزاع من ولاية المحكمة:

تستنفذ المحكمة ولايتها بمجرد صدور الحكم الفاصل في النزاع المطروح عليها. ولا يجوز لها أن تتراجع عما قضت به، ولا أن تحدث عليه تغييرا معينا بشان الحكم الصادر عنها.

وتطبق هذه القاعدة على الأحكام التي تنهي الخصومة أمام المحكمة وعلى سائر الأحكام القطعية التي تصدر أثناء نظر الدعوى، فإذا صدرت المحكمة حكما باختصاصها أو بعدم اختصاصها، فلا يجوز العدول عنه، أو قضت بعدم جواز إثبات واقعة ما بشهادة الشهود، فلا يجوز أن تعدل عن ذلك، وتقضي بجواز إثبات هذه الواقعة بشهادة الشهود[1].

غير أنه ترد بعض الاستثناءات عن القاعدة العامة المشار إليها حين يجوز للمحكمة أن تتراجع عما تصدره من أحكام غير قطعية، كالحكم الوقتي، إذا تغيرت الظروف القائم عليها الحكم، كذلك يجوز لها أن تعيد النظر في الحكم الصادر عنها إذا طعن فيه بالمعارضة أو إلتماس إعادة النظر أو إعتراض الغير الخارج عن الخصومة، وذلك طبقا لما تقضي بهالمادة 297 من قانون الآجراءات المدنية والإدارية.

1 - أحمد أبوالوفا، المرافعات، المرجع السابق، ص 773.

ثانيا: حجية الشيء المقضي به

يجب التمييز بين الحجية واستنفاذ الولاية[1]. فالحجية قرينة قانونية غير قابلة لاثبات العكس، وهي تعني أن الحكم إذا صدر صحيحا من حيث الشكل والموضوع فهو حجة على ما قضى به، طبقا لما تقضي به المادة 338 من القانون المدني. على أن الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي به، تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة.

وبناء على ذلك، لا يجوز للمحكمة التي أصدرت الحكم أو أي محكمة أخرى أن تعيد النظر في الدعوى التي صدر فيها الحكم، ولا يجوز أن يعاد فيه النظر إلا من محكمة الطعن. وتحوز الأحكام الحجية بمجرد صدورها، ولو كانت قابلة للطعن فيها بأحدى طرق الطعن، وأن عدم صيرورة الحكم نهائيا لا يمنع من قيام الحجية، ويتوقف أمرها على مآل الطعن في الحكم، فتثبت له إذا أصبح نهائيا والدفع بقيام الحجية، هو من الدفوع بعدم القبول، يبدي في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام جهة الاستئناف.

---

1 - انظر القرار الصادر بتاريخ 2008/07/23 رقم 439550 عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القسم الثالث، غير منشور، منشور، حيث جاء فيه مايلي:

"حيث أن الطاعن يعيب على القرار المطعون فيه بدعوى أنه تمسك أمام قضاة الموضوع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها بموجب الحكم الصادر بتاريخ 2001/01/20.

في حين أن قضاة الموضوع انتهوا إلى الرد على هذا الدفع بقولهم أن المستأنف (المطعون عليه الحالي) بطعنه بالاستئناف في الحكم المدني الصادر بتاريخ 2003/03/16 يعتبر طعنا بالاستئناف في نفس القت ضد الحكم المدني المؤرخ في 2001/01/20، مما يعد ذلك قصورا في الأسباب يعرض القرار المطعون فيه للنقض.

وحيث أن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في محله، ذلك أن الطاعن قد سبق له أن تمسك بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها فكان يجب على قضاة الموضوع أن يقوموا بتحديد عناصر الطلب القضائي الأصلي من تعيين أشخاص ومحل وسبب الطلب القضائي الأصلي، ثم القيام بعملية المقارنة مع عناصر الطلب القضائي فإذا وجدوا اتحاد عناصر الطلب القضائي الأصلي مع عناصر الطلب القضائي الجديد وبذلك تكون الحجية قد قامت فيجب عليهم أن يفصلوا في النزاع بعدم قبول الدعوى أما إذا وجدوا أن هناك إختلافا في أحد عناصر الطلب القضائي الجديد مما يؤدي إلى انتفاء الحجية وتبعا لذلك يتعين عليهم أن يتطرقوا بالفصل في أساس النزاع.

وحيث أن قضاة الموضوع لما انتهوا إلى القول أن الطعن بالاستئناف في الحكم المذكور أعلاه هو طعن وفي ذات الوقت في الحكم المؤرخ في 2001/01/20 هو انحراف خطير لأصول العامة في الاجراءات التي تقضي بأنه يجوز الطعن بالاستئناف في كل حكم قضائي طبقا للإجراءات المنصوص عليها قانونا، وإذا صدرت عدة أحكام فيجب أن يطعن في كل حكم بناء على الأحكام المنصوص عليها بالمادة 102 وما يليها قانون الإجراءات المدنية، والطعن في أحد الأحكام القضائية لا يعد طعنا في الحكم الأخر مما يعد ذلك خرقا للقواعد الجوهرية في الاجراءات المنصوص عليها بالمواد المذكورة أعلاه يعرض ذلك القرار للنقض".

غير أن السؤال يبقى مطروحا ، حول ماذا كان الدفع بعدم القبول لسبق الفصل في الدعوى ، دفع يتعلق بالنظام العام أم لا؟

وتجيب المادة 338 المشار إليها على ذلك ، بالقول أن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام.

غير أن ماذهب إليه المشرع الجزائري ، من اعتبار أن الدفع بعدم القبول لسبق الفصل في الدعوى ، ليس من النظام العام مذهب منتقد . ذلك أن جميع التشريعات الحديثة ، تقوم على مبدأ يقضي بوضع حد نهائي للنزاع حتى لا يتكرر ويمنع صدور أحكام متناقضة في الخصومة الواحدة . والحجية تقتصر على منطوق الحكم وما ارتبط به من الأسباب ارتباطا وثيقا لا يقوم المنطوق بدونها[1].

في حين تستنفذ المحكمة ولايتها[2] ، بصدور حكم قطعي في مسألة فرعية ، كالحكم الصادر بعدم الاختصاص أو بسقوط الخصومة . أو الحكم الصادر ببطلان إجراءات المطالبة القضائية . أو الحكم الصادر بعدم القبول . كل هذه الأحكام لم تفصل في موضوع النزاع . وإنما فصلت في مسألة فرعية.

---

1 - أحمد أبو الوفا ، المرافعات ، المرجع السابق ، 784.

2 - انظر القرار الصادر بتاريخ 2013/05/09 رقم 781249 عن المحكمة العليا ، الغرفة العقارية ، القسم الخامس ، غير منشور ، حيث جاء فيه مايلي:

" حيث أن الطاعن يعيب على القرار المطعون فيه ، بدعوى أن الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع هو الحكم القاضي بإجراء تحقيق أو تدبير مؤقت لا يحوز على حجية الشيء المقضي به طبقا المادة 298 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وكذا الحكم القاضي بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة لا يحوز على حجية الأمر المقضي به وأن قضاة الموضوع عندما انتهوا إلى التصريح بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها ، قد خالفوا القانون ، مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض.

وحيث أن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في غير محله ، ذلك أنه وبالرجوع إلى وقائع القضية يتبين منها ، أن الطاعن سبق له أن رفع الدعوى ، وإنتهت إلى الحكم القاضي بعدم قبول الدعوى لإنتفاء الصفة ، ثم أعاد إلى رفع نفس الدعوى من جديد وقد إنتهت إلى الحكم المستأنف فيه والمؤيد بالقرار محل الطعن القاضي بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها، ذلك أن الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة تستنفذ به المحكمة ولايتها ، ومن ثم لا يجوز للطاعن أن يعيد رفع نفس الدعوى من جديد، فتكون الجهة القضائية التي تنظر الدعوى الجديدة غير مختصة لإنتفاء ولايتها.

وحيث أن قضاة الموضوع عندما انتهوا إلى التصريح بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها ، قد أخطأوا في تكييف وقائع القضية وكان عليهم أن يفصلوا في الدعوى بعدم الاختصاص لإستنفاذ الولاية ، ولكن النتيجة التي انتهوا إليهاكانت صحيحة ، لذلك يتعين استبدال تلك الأسباب الخاطئة بالأسباب الواردة في هذا القرار ، مما يتعين معه التصريح برفض هذين الوجهين".

وبصدور الحكم القطعي ينهي الخصومة ، تستنفذ المحكمة ولايتها ، وقد ترجع الولاية (السلطة) إلى المحكمة وذلك بناء على أحد الأمرين ، أن ترجع لها الولاية ، إذا تم الرجوع إليها بعد تصحيح الإجراءات الباطلة ، وإما أن ترجع إليها من جهة الطعن ، كأن تحكم المحكمة بعدم الاختصاص ، وفي الاستئناف يلغي المجلس الحكم المستأنف ، ويصرح أن المحكمة مختصة ، وتبعا لذلك تعيد القضية إلى المحكمة لتعيد الفصل فيها من جديد ، احتراما لمبدأ التقاضي على درجتين.

إذن يختلف الأمر بين الحجية واستنفاذ الولاية ، فالحجية تعني أن المحكمة قد استنفذت أحدى درجات التقاضي وهي الدرجة الأول ، ولايبقى أمام الخصم سوى الدرجة الثانية.

أما إستنفاذ الولاية تعني أن المحكمة لم تفصل في موضوع النزاع وانما فصلت في مسألة فرعية ولم تستنفذ الدرجة الأولى والثانية ، لأن الحكم صدر في مسألة فرعية ولم يصدر في موضوع النزاع.

فالحجية تمنع إعادة رفع الدعوى من جديد ، وإذا تم الطعن في هذا الحكم وألغته جهة الإستئناف ، فلا يجوز لها أن تعيد القضية إلى المحكمة ، لأنها تكون قد استنفذت ولايتها من حيث الموضوع ، بل يجب على جهة الإستئناف أن تفصل في الدعوى أعمالا لمبدأ التقاضي على درجتين.

لذلك يجب التمييز بين استنفاذ الولاية بصدور حكم قطعي في مسألة فرعية ينهي الخصومة وبين الحجية ، وتعني أن المحكمة استنفذت درجة التقاضي الأولى وذلك بصدور الحكم في موضوع النزاع ، فلا يبقى امام الخصم سوى الدرجة الثانية من درجات التقاضي.

ثالثا: تقرير الحقوق وتقويتها

الأصل في الأحكام القضائية أنها مقررة للحقوق وليست منشئة لها[1]، لأن وظيفة القضاء أن يبين الحقوق والمراكز القانونية فهي لا تخلق حقوقا جديدة للخصوم، فالحكم القاضي بحق شخص في منزله هو حكم مقرر، والحكم الصادر برفض دعوى الدائن فهو حكم مقرر يؤكد عدم وجود الحق للدائن.

غير أنه توجد إلى جانب الأحكام المقررة، أحكام منشئة[2]، تنشئ حالة أو مركزا قانونيا جديدا، كالحكم بالتطليق، وحكم بشهر إفلاس التاجر وحل الشركة وفسخ او إبطال العقد، هذه الأحكام منشئة للمراكز القانونية.

والحكم كقاعدة عامة عندما يقرر الحق فهو يبقى له سببه ويحفظ جميع آثاره، وينشئ لصاحبه مزايا معينة كقطع النزاع بشأنه، يعد سندا تنفيذيا، ويعتبر صحيحا بما ورد فيه.

1 - أبو الوفا، المرافعات، المرجع السابق، ص 779.
2 - محمد السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص...

الفهـــــــــــرس

الإجراءات المدنية و الإدارية

في ضوء أراء الفقهاء و أحكام القضاء

يتطرق هذا الكتاب إلى دراسة القواعد الإجرائية، و قد إعتمد على المنهج التحليلي، بدراسة النص القانوني، بإرجاعه إلى أصوله العامة لإستنباط منه القاعدة العامة، و ما يرد عليها من إستثناءات مدعمة بأحكام القضاء.

يعد هذا الكتاب، أول كتاب أنجز منذ تاريخ إعادة السيادة الوطنية، في هذه المادة، في أسلوبه و منهجه، فهو يعد الأداة الفنية لا غنى عنها لكل من القاضي و الأستاذ و الطالب، بل هو يشكل الأداة الضرورية لكل من يعمل في حقل القانون.



ENCYCLOPEDIA
Edition Communication
59، حي المجاهدين
بن عكنون – الجزائر
الهاتف : 87 29 79 21 0 213+